389
G 26

Die

Entbindung von der Inſtanz

vom dogmengeſchichtlichen und allgemein rechtlichen

Standpunkt aus erörtert.

Ein Beitrag

zur Geſchichte und Geſetzgebung

des

deutſchen Strafverfahrens

von

Otto Elben,
Doctor der Rechte.

Tübingen,
in der H. Laupp'ſchen Buchhandlung.
1846.

Digitized by Google

Digitized by Google

389
Ej 26

Die

Entbindung von der Inſtanz

vom dogmengeſchichtlichen und allgemein rechtlichen

Standpunkt aus erörtert.

Ein Beitrag

zur Geſchichte und Geſezgebung

des

deutſchen Strafverfahrens

von

Otto Elben,
Doktor der Rechte.

Koninklijke
Bibliotheek
te 's Hage.

Tübingen,
in der H. Laupp'ſchen Buchhandlung.
1846.

Digitized by Google

Digitized by Google

§. 1.

Einleitung.

Bekanntlich iſt es die Doktrin und Praxis des Mittelalters, welche unſern heutigen inquiſitoriſchen Strafprozeß ausbildete. Das römiſche und das ältere deutſche Recht gingen übereinſtimmend von dem entgegengeſezten Standpunkte des akkuſatoriſchen Verfahrens aus; erſt in den ſpäteren römiſchen Akkuſationsprozeß ſind die inquiſitoriſchen Formen ſchon bedeutend verwebt. Im kanoniſchen Recht iſt zwar urſprünglich gleichfalls das Akkuſationsverfahren die Regel; die Keime aber, welche für den inquiſitoriſchen Prozeß darin lagen, bildete beſonders Papſt Innozenz III. zum Inquiſitionsverfahren aus, und von der italieniſchen Praxis ging dieſes in die deutſchen Gerichte über. Wenn ſich noch die Geſezgebung Karls V. von 1532 auf nationalem Standpunkt zu halten bemüht iſt, ſo haben entſchieden ſpäter die Gerichte und die Geſezgebungen die Grundſäze, die von Italien her bei uns Eingang fanden, angenommen. Wie ſo im Allgemeinen das ganze Weſen des früheren Strafprozeſſes, des römiſchen wie des deutſchen Verfahrens, im Laufe der Zeiten eine durchgreifende Aenderung erlitten hat, ſo iſt auch im Einzelnen eine Reihe von Inſtituten ins Leben getreten, welche unbekannt und unvereinbar dem älteren Rechte ihre Quelle allein in der Praxis haben. Hieher gehört die Entbindung von der Inſtanz, ein Ausſpruch der Ungewißheit des Richters über ein vorliegendes Verbrechen, ſeiner Zweifel über Schuld oder Nichtſchuld. Die Inſtanzentbindung iſt dem römiſchen, dem kanoniſchen und älteren deutſchen Rechte noch fremd; ſie hat indeß durch langjährige Uebung ſich im deutſchen Inquiſitionsprozeſſe eine feſte rechtliche Gültigkeit erworben, und neue Geſezgebungen haben ſie ausdrücklich ſanktionirt. Ihrem unſicheren

Urſprunge, den Saʒungen einer wechſelnden Praxis gemäß hat ſich auch die Entbindung von der Inſtanʒ nicht rein als das erhalten, was ſie ʒuerſt im 16. Jahrhundert war, ſondern ſie hat mit dem inquiſitoriſchen Prozeſſe überhaupt erſt im Laufe der Jahrhunderte ihre Ausbildung erlangt; denn in ihrer heutigen Geſtalt war ſie jenen Zeiten auch nicht bekannt. Neuere Entwicklungen des Strafprozeſſes haben auf die Inſtanʒentbindung eingewirkt, und insbeſondere ſind es neue Geſeʒgebungen und Verfaſſungsurkunden, welche durch eine Reihe von Uebeln, die ſie an den Ausſpruch der bloſen Losſprechung von der Inſtanʒ knüpfen, derſelben ihre jeʒige Bedeutung gegeben haben.

Im engliſchen und franʒöſiſchen Rechte findet ſich keine Inſtanʒentbindung.

Die neuere Zeit hat in Deutſchland eine lebhafte Erörterung über den beſtehenden Strafprozeß, über die Nothwendigkeit einer Reform, eines Uebergangs ʒu dem Grundſaʒe der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit hervorgerufen; nicht blos der Stand der Juriſten kämpft auf beiden Seiten, ſondern es hat auch bereits die öffentliche Meinung ihren Einfluß in Rede und Schrift geltend gemacht. Wie gegen das ganʒe Inſtitut des inquiſitoriſchen, ſchriftlichen und der Oeffentlichkeit unʒugänglichen Prozeſſes ſich Juriſten und Laien erheben, und die Rückkehr von dem ſchwankenden Boden der Praxis ʒu den Grundſäʒen des früher gültigen Rechts verlangen, ſo treten gegen einʒelne jeʒt beſtehende Einrichtungen Stimmen auf, und wollen die Aufhebung der Schöpfungen der Praxis oder wenigſtens der Auswüchſe, welche in denſelben ihre Wurʒel haben. So iſt auch mehrfach in jüngſter Zeit die Beibehaltung oder Aufhebung der Losſprechung von der Inſtanʒ Gegenſtand des Streits in Schriften und Ständekammern geworden.

§. 2.

Literatur über die Inſtanʒentbindung.

Die Literatur über den Gegenſtand der vorliegenden Abhandlung erörtert die Entſtehung und Ausbildung der Inſtanʒentbindung, ihr rechtliches Verhältniß und die Frage über ihre Zweckmäßigkeit, ſomit die rechtshiſtoriſche, die rechtliche und die kriminalpolitiſche Seite.

Digitized by Google

Was nun die Entſtehung und Ausbildung der Inſtanzentbindung betrifft, ſo kann eine Aufzählung der italieniſchen, ſpaniſchen und deutſchen Praktiker, welche derſelben gedenken, hier unterbleiben, da ihnen eine genauere Erörterung in den §§. 7—12 gewidmet iſt. Bei Beurtheilung des rechtlichen Verhältniſſes der Inſtanzentbindung iſt eine Ueberſicht über die neueren Geſeze, ſoweit ſie unſern Gegenſtand betreffen, in §. 13 gegeben.

Eine ziemlich reiche Literatur liegt über die Inſtanzentbindung vor; in den neueren Schriften, in den Lehrbüchern des Strafprozeſſes und einzelnen Abhandlungen iſt beſonders die Zweckmäßigkeit der Inſtanzentbindung lebhaft beſprochen und beſtritten worden. Die erſteren betreffend ſind hervorzuheben: die Lehrbücher von Feuerbach, Grolmann, Tittmann, Martin, Bauer, Müller u. ſ. w. Die Reihe der Abhandlungen eröffnet:

Harpprecht, commentatio de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus, ex originibus deducta et praxi accomodata. Tubingae 1747. Es iſt die erſtere größere, aber auch ungemein weitſchweifige Abhandlung.

Kleinſchrod, Abhandlungen I, Nr. 4. 1797 und kriminaliſtiſches Archiv V, S. 1 ff. hat keine Zweifel hinſichtlich der Statthaftigkeit und Nothwendigkeit der Inſtanzentbindung, und reiht die Streitpunkte: ob es auch eine ſtillſchweigende Inſtanzentbindung gebe, ob im Zweifel Freiſprechung oder Inſtanzentbindung anzunehmen ſei u. ſ. w. daran an. Im Archiv a. a. O. ſpricht er ſich noch für ein mittleres Erkenntniß zwiſchen Losſprechung und Inſtanzentbindung im Sinne des baieriſchen Geſezbuchs aus.

Oppermann, de quaestione an et quatenus absolutio ab instantia in causis criminalibus locum habeat, Gottingae 1836, eine von der göttingiſchen juridiſchen Fakultät gekrönte Preisſchrift; Oppermann findet im römiſchen Recht wenigſtens Analogien der Inſtanzentbindung, gibt ſeine Forſchungen in den Schriften der Praktiker, glaubt die Inſtanzentbindung bereits in der peinlichen Gerichtsordnung zu finden, und bekämpft die gegen die Inſtanzentbindung vorgebrachten Gründe.

Bauer, Abhandlungen II, Nr. 5 gibt eine ausführliche Darſtellung des rechtlichen Verhältniſſes der Inſtanzentbindung, und er-

1*

Digitized by Google

klärt ſich für ihre Beibehaltung, ob er gleich zugibt, daß einzelne Auswüchſe der Praxis zu entfernen wären.

Henke, Kriminalrecht IV, §. 114,

Krug, in Richters krit. Jahrbüchern 1842, II. S. 143,

von Preuſchen in Jagemanns Zeitſchrift II. Nr. 25,

Bubdeus in Weiskes Rechtslexikon, voce Inſtanz V. Band, S. 505 ſprechen ſich ſämmtlich für Beibehaltung der Inſtanzentbindung aus, welches ſie als ein nothwendiges Inſtitut betrachten, das mit dem deutſchen Strafprozeß, ja ſelbſt mit dem gegenwärtigen Rechtszuſtand überhaupt feſt verwachſen ſei.

Carmignani, in der kritiſchen Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft des Auslands I, Nr. XIX, S. 358 ſpricht polizeilichen Rückſichten das Wort, indem eine geſezliche Formel nöthig ſei, welche die Geſellſchaft gegen den eines Verbrechens nur dringend Verdächtigen ſicher ſtellen und Mittel ſeiner Entfernung gewähren könnte. Es ſcheint hierin eine Billigung auch der absolutio ab instantia zu liegen.

Wiest, „die Nothwendigkeit und die Bedingungen der Mündlichkeit im Strafverfahren" Schaffhauſen 1844, §. 20. 21, erklärt die Freiſprechung des deutſchen Prozeſſes im Gegenſaz zu der Nichtſchuldigerklärung des engliſchen und franzöſiſchen für ein Unſchuldserkenntniß und findet neben dieſem eine bloſe Losſprechung von der Inſtanz für nothwendig.

Scholz im Archiv 1834, S. 396 ff. behauptet die Unzweckmäßigkeit der Inſtanzentbindung, und bekämpft die beſonders von Böhmer ad CCC. Art. 99 aufgeſtellte Anſicht, die Inſtanzentbindung ſei ſchon in lezterer geſezlich beſtimmt.

Ringelmann, in Zu Rheins Beiträgen II, Nr. IX bezeichnet die Inſtanzentbindung als mit dem Weſen einer reinen Stafprozeßtheorie nicht vereinbar, und unterwirft die Kautionen und Konfinationen, welche beſonders im baieriſchen Rechte auf Inſtanzentbindung folgen, einer ſcharfen Kritik.

Zachariä in ſeinen Grundlinien des Kriminalprozeſſes §. 211, und im Archiv 1839, S. 371 bekämpft Oppermann, wenn Lezterer in der peinlichen Halsgerichtsordnung und den Schriftſtellern unmittelbar nach ihr ſchon die Anwendung der Inſtanzentbindung zu finden glaubt; Zachariä iſt ebenfalls für Aufhebung der Inſtanzentbindung.

Mittermaier, Strafverfahren II, §. 193 und Lehre vom Be-

Digitized by Google

weis §. 65 hält die Inſtanzentbindung zur Beibehaltung in einer neuen Geſezgebung nicht für geeignet; auch

Siegen, juriſtiſche Abhandlungen IV, S. 116 bekämpft die Inſtanzentbindung.

Hepp, Anklageſchaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, Tübingen 1842, §. 20 weist die Einführung der Inſtanzentbindung mit dem inquiſitoriſchen Verfahren, den engen Zuſammenhang, in welchem ſie mit dieſem ſteht, nach und hofft, mit der Aufhebung der Schriftlichkeit und Heimlichkeit des Verfahrens werde auch das Inſtitut der Inſtanzentbindung fallen.

Molitor, in Jagemanns Zeitſchrift 1843, S. 54 zeigt, wie die vielfach behauptete Unentbehrlichkeit der Inſtanzentbindung dringend auf eine Reform des Strafprozeſſes überhaupt hinweiſe; der absolutio ab instantia habe die Wiſſenſchaft längſt den Stab gebrochen.

Müller, in derſelben Zeitſchrift, neue Folge (1844) I. Bd. Abhandl. I, beſtreitet ausführlich und gründlich die Anſicht Bauers, und gehört, wie auch:

Leue, der mündliche öffentliche Anklageprozeß, Aachen 1840, S. 169 ff. zu den entſchiedenen Gegnern der Inſtanzentbindung.

Welker, im Staatslexikon 2te Aufl. voce Abſolution, karakteriſirt die Inſtanzentbindung in Verbindung mit außerordentlichen Strafen, Sicherheitsmitteln u. ſ. w. als Ausgeburt einer kaſtenmäßigen, knechtiſchen Buchſtabenjurisprudenz, und findet in der Jury (gegen Henke, der, weil er nicht zu dem „verzweifelten“ Mittel des Schwurgerichts ſeine Zuflucht nehmen will, die Inſtanzentbindung beibehalten zu müſſen glaubt,) das Mittel, welches der Inſtanzentbindung den Stab brechen wird.

Emmerling in dem „Abdruck der neueren Eingaben und Erlaſſe in der wider Ernſt Emil Hoffmann in Darmſtadt anhängigen Unterſuchung,“ Mannheim 1845, wendet auf inſtanzentbindende Urtheile die Beſtimmungen neuerer Geſeze über Unterſuchungsverjährung an.

Intereſſant ſind beſonders auch: die Verhandlungen der würtembergiſchen Kammer der Abgeordneten 18⁴¹/₄₃, Band IV, 55. Sizung; Bericht der Kommiſſion der 2. Kammer in Bd. XIV. S. 703 ff.

Digitized by Google

§. 3.

Ueberſicht der Abhandlung.

Die folgende Darſtellung hat ſich zur Aufgabe gemacht, die rechtshiſtoriſche, die juridiſche und die kriminalpolitiſche Seite der Inſtanzentbindung zu entwickeln. Sie wird den Beweis liefern, daß im römiſchen, im kanoniſchen Recht ſich keine Inſtanzentbindung findet, und daß die Annahme, als ob ſie die peinliche Gerichtsordnung Karls V. gekannt habe, völlig ungegründet iſt. Dagegen wird ſie die Entſtehung in der itatlieniſchen und ſpaniſchen, die Einführung in der deutſchen Praxis nachweiſen, und daran eine Ueberſicht der jezigen Geſezgebungen anreihen. Es iſt ſodann das Weſen der Entbindung von der Inſtanz zu erörtern, es ſind manche beſtehende Kontroverſen zu beachten, die Bedingungen des Eintritts und die Folgen der Inſtanzentbindung zu erläutern. Hinſichtlich der Frage über Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Inſtanzentbindung ſind die durch eine reiche Literatur (§. 2.) aufgeſtellten Anſichten der verſchiedenſten Art einer Beleuchtung zu unterwerfen.

Die angedeutete Behandlung dürfte die zweckmäßigſte ſein; denn zur Beurtheilung der absolutio ab instantia des heutigen deutſchen Strafprozeſſes, in welchem mit ihr eine Reihe empfindlicher Uebel verknüpft ſind, iſt eine Darſtellung der Grundſäze, welche die Praxis früherer Jahrhunderte hinſichtlich derſelben befolgte, nöthig, und die Vergleichung der heutigen Inſtanzentbindung mit jener, ein Nachweis, wie die Praxis dieſelbe im Laufe der Zeit weſentlich umgeſtaltet hat, iſt am geeignetſten, zu zeigen, ob auch in unſerer Zeit noch das Bedürfniß exiſtirt, welches jene Praxis veranlaßte, die Inſtanzentbindung einzuführen. Man kommt dann auf andere Reſultate, als wenn man z. B. mit Bauer, Abhandlungen, an die Spize den Begriff der Inſtanzentbindung ſtellt, und die mit derſelben verbundenen Folgen nun etwa nur für Auswüchſe der Praxis erklärt, eine Ausführung, welche Müller a. a. O. §. 7 dahin bezeichnet, daß Bauer die rechtlichen Grundſäze des Inſtituts aufſtelle, nicht wie es iſt, ſondern wie es ſeiner individuellen Anſicht nach ſein ſollte.

Digitized by Google

§. 4.

Römiſches Recht.

Der römiſche Kriminalprozeß kennt keine absolutio ab instantia.

Man hat fälſchlicher Weiſe die römiſche ampliatio als Inſtanzentbindung aufgefaßt. [1] Andere finden in ihr und in der abolitio wenigſtens eine Analogie für unſere Inſtanzentbindung, ſofern bei nicht geführtem Anſchuldigungsbeweis beide die Stelle der Freiſprechung einnehmen können. [2] Wenn ſelbſt bei neueren Schriftſtellern eine Verwechslung der ampliatio mit der Inſtanzentbindung vorkommt, ſo mag ein Verkennen der rechtlichen Natur der ampliatio um ſo mehr bei Praktikern des Mittelalters ſtattgefunden haben. Beide Inſtitute ſind durchaus verſchieden.

Im römiſchen Strafprozeß galt bekanntlich das akkuſatoriſche Verfahren, und zwar bildete die Privatanklage die Regel. Für Herſtellung des Beweiſes hatte der Ankläger zu ſorgen, und Freiſprechung trat ein, wenn er denſelben nicht erbringen konnte. [3] Eine Möglichkeit, die noch dunkle Beweisführung aufklären zu laſſen, war aber den Richtern gegeben in ihrem Ausſpruche: non liquet, in der ampliatio. Es iſt Geib in ſeiner Geſchichte des römiſchen Kriminalprozeſſes, welcher, wie ſo viele andere Punkte, ſo auch die ampliatio in ein klares Licht geſezt hat. Die ampliatio war danach urſprünglich nichts als eine Vertagung, eine Fortſezung des Prozeſſes in

---

1) Harpprecht will die Inſtanzentbindung bereits bei den Hebräern finden, (l. c. p. 7 ff.); er hat den von ihm aus dem Talmud abgedruckten Stellen glücklicherweiſe eine Ueberſezung beigefügt. Darnach finden ſich Zweifelsvota der Richter; kann unter dieſen keine Einigung zu Stande kommen: causa dubia manebat. Ob hierin eine Aehnlichkeit mit der Inſtanzentbindung liege, iſt dem Verf. nicht möglich zu ermeſſen. Im griechiſchen Rechte will Harpprecht Analogien finden, jedenfalls aber hält er die römiſche ampliatio für die Inſtanzentbindung. Auch die in L. 13. §. 2. C. III. 1. erwähnte relaxatio ab observatione judicii, worauf ein ſpäter der Gloſſe bekanntes Inſtitut beruht (vergl. §. 5), iſt ihm die absolutio ab instantia.

2) Oppermann a. a. O. §. 8. 9.

3) L. 4. C. de edendo II, 1. Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil praestat, obtinebit.

Digitized by Google

einem neuen Termin. [4]) Leicht mochte ſich hieran der Grund reihen, in einem neuen Verfahren eine Aufhellung der Wahrheit zu gewinnen. Dieß iſt entſchieden der Grundgedanke der ampliatio, wie ſie bei den quaestiones perpetuae durch den Ausſpruch non liquet veranlaßt wurde. Eine definitive Freiſprechung oder Verurtheilung war nöthig; war nach einer oder der andern Seite hin der Beweis nicht überzeugend erbracht, ſo lag in der ampliatio für den Richter die Macht, eine Vervollſtändigung und zwar ſelbſt zu mehreren Malen anzuordnen. [5]) Da zur Zeit der Republik das ganze Hauptverfahren vor den Richtern in Reden der beiden ſich gegenüberſtehenden, die Partheien vertretenden oratores beſtand, und in den altercationes, kurzen Fragen und Antworten, ebenfalls zwiſchen den Partheien, ein nur ungenügendes Mittel zu Beſeitigung von Widerſprüchen und Zweifeln gegeben war, endlich auch im Beweisverfahren jede Parthie ihre Beweismittel, z. B. Zeugen, ſelbſt produzirte, und an dieſe höchſtens dem Gegner, nicht aber dem Gerichte, Fragen zu ſtellen geſtattet war, ſo mußte ein non liquet der Richter häufig geboten ſein. Es änderte ſich dieſes Verhältniß. Bei einem einzelnen Verbrechen, dem crimen repetundarum, wurde geſezlich eine Abhilfe getroffen in der comperendinatio; es mußte nämlich hier das Bild der Verhandlung zweimal vor dem Auge des Richters vorübergehen; erſt wurde eine allgemeinere Darſtellung des Falls gegeben, und dann folgte auf dieſe actio prima als Fortſezung nach einem dazwiſchenliegenden Tage als actio secunda ein genaueres Eingehen. [6]) Die Volksgerichtsbarkeit machte aber im Laufe der Zeit der Jurisdiktion des Kaiſers, des Senats, der Beamten Plaz, die extraordinariae cognitiones verdrängten die ordo judiciorum publicorum, der Richter konnte ſelbſt ſich durch Fragen an die Zeugen u. ſ. w. Klarheit verſchaffen, [7]) und förmliche Repliken und Dupliken verbreiteten Licht über den Fall. Der Grund der Ampliationen war ſomit weggefallen, denn was ſie veranlaßt hatte, fand jezt von ſelbſt in jedem Verfahren Statt. So ver-

4) Geib a. a. O. S. 147.
5) Ebendaſ. S. 368 ff.
6) Ebendaſ. S. 372 ff.
7) L. 3. §. 3. D. de testibus 22. 5. ipsos testes interrogare soleo.

Digitized by Google

ſchwanden unter den Kaiſern die Ampliationen völlig, [8]) und mit Recht ſagt Geib, daß bei Würdigung dieſes frühen Verſchwindens der ampliatio ein Ableiten der absolutio ab instantia aus ihr nicht möglich wäre.

Oppermann [9]) gibt zwar zu, daß die ampliatio keine Inſtanzentbindung iſt, findet aber nach Urſache und Wirkung die größte Aehnlichkeit unter beiden, ſofern, auch wenn der Ankläger das Verbrechen nicht erwieſen habe, doch keine Freiſprechung, ſondern eine Verſchiebung des Urtheils eintrete „et quidem ideo, quoniam reus esset homo nocentissimus, qui in summam cecidisset suspicionem". [10]) Die ampliatio, ſagt er, ſei ſelbſt härter, da ſie keine Befreiung aus der Haft nach ſich ziehe. „Absolutio igitur ab instantia, *si ad consilium spectes*, etiam in criminalibus Romanis non erat ignota." [11]) Die ampliatio iſt allerdings ein inquiſitoriſches Element im akkuſatoriſchen Prozeſſe; auf unſere Verhältniſſe übertragen, iſt ſie aber keine Inſtanzentbindung, ſondern ein Inſtruktorium, um die noch dunkle Sache aufzuhellen, und einen Spruch möglich zu machen. Beide ſind ſomit etwas ganz Verſchiedenes, eine Vergleichung z. B. hinſichtlich der Haft iſt gänzlich unſtatthaft, und wenn Oppermann der Ampliation als Grund die Gefährlichkeit des Angeſchuldigten unterſchiebt, ſo ſteht er damit auf dem Standpunkt einer neuen Geſezgebung, nicht aber auf dem der römiſchen Quellen.

Auch in der römiſchen abolitio findet Oppermann eine der Inſtanzentbindung entſprechende Einrichtung: „ſie ſei keine Losſprechung a crimine, ſondern nur ab accusatione, und wollte man ſie in den inquiſitoriſchen Prozeß übertragen, ſo könnte man ihr keine andere Bezeichnung, als Entbindung von der Inſtanz geben." [12]) Allein auch die abolitio bietet keine Analogie; ſie iſt kein Ausſpruch des richterlichen Zweifels, ſondern eine einſtweilige Aufhebung einer Anklage (z. B. bei Feſten), eine Befreiung des einen Anklägers (wobei ein anderer, ſpäter ſelbſt ein Verfahren von Amtswegen eintreten konnte) von Führung ſeiner Anklage, die durch den Tod des Anklägers eintretende Befreiung von der Anklage u. ſ. w.

---

8) L. 3. Cod. de sent. VII. 45. Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi. Geib a. a. O. S. 665 ff.

9) a. a. O. §. 7—9. 10) p. 12. 11) p. 15. 12) p. 16.

Digitized by Google

§. 5.

Kanoniſches Recht; Gloſſatoren.

Vom römiſchen Recht iſt unmittelbar zum kanoniſchen überzugehen, denn daß das ältere deutſche Recht keine Inſtanzentbindung kannte, erklärt ſich daraus, daß der Beweis ein rein formaler, durch Eid, Eideshelfer, Zweikampf, Gottesurtheile, [1]) alſo entweder ganz hergeſtellt oder gar nicht erbracht war, ſomit zwiſchen verurtheilendem und freiſprechendem Erkenntniß nicht noch ein mittleres beſtehen konnte.

Im kanoniſchen Rechte liegen vorzugsweiſe die Keime, aus welchen die ſpätere Praxis den Inquiſitionsprozeß verarbeitet hat. Gleichwohl findet ſich in demſelben noch keine Spur der Inſtanzentbindung. An der Stelle der lezteren ſtand aber im kanoniſchen Rechte ein anderes Inſtitut, der Reinigungseid. Während dieſer im deutſchen Rechte als ein Schuzmittel des Verdächtigen erſcheint, um ſich eines ihn treffenden Verdachts zu entledigen, während auch das kanoniſche Recht urſprünglich dem infamatus das purgatorium als eine Befugniß einräumte, erhielt er durch die Aenderungen, welche Papſt Innozenz III. im Strafprozeß einführte, eine andere Geſtalt. Der infamatus konnte den Eid nicht mehr als ein Recht verlangen, ſondern er wurde der Inquiſition unterworfen, [2]) und blos ſubſidiär, falls die Unterſuchung zu keinem Ergebniß führte, trat der Reinigungseid ein. Es liegt hierin auch der Grund, weßhalb nach und nach die den früheren Grundſäzen des deutſchen und kanoniſchen Reinigungseids ganz entgegengeſezte Anſicht volksthümlich werden konnte, daß nämlich der Reinigungseid der Ehre nachtheilig ſei. [3]) Es beſteht ſomit zwiſchen abs. ab inst. und dem Reinigungseid immerhin einige Aehnlichkeit; nur iſt jene ein richterliches Urtheil, welches den Verdacht ausſpricht, bei dieſem aber beſteht neben der förmlichen Frei-

---

1) Biener, Beiträge zur Geſchichte des Inquiſitionsprozeſſes S. 137. Zachariä a. a. O. im Archiv S. 376.

2) Gloss. zu cap. 6. C. II. qu. 5., Biener a. a. O. S. 27. N. 55. cit.: „Sed quid, si infamatus vult expurgare se, judex autem vult inquirere? Videtur quod judex potius inquirere possit.“

3) Biener a. a. O. S. 27, 28.

ſprechung der Verdacht nur faktiſch. — Man hat wohl auch eine Stelle des kanoniſchen Rechts [4]) auf die Inſtanzentbindung beziehen wollen; allein es iſt vollſtändig klar, daß dieſe Stelle nur von einer Abweiſung angebrachter Maßen im Civilprozeſſe ſpricht. [5])

Die Gloſſe kennt eine absolutio ab observatione judicii [6]); man hat auch hierin häufig die Inſtanzentbindung finden wollen; ſpätere Praktiker haben beide verwechſelt, ſelbſt Oppermann [7]) findet die Inſtanzentbindung in Stellen von Praktikern, die blos jene absolutio ab observatione judicii im Auge haben. Dieſe ſtützt ſich auf Juſtinians Anordnung, daß Civilprozeſſe in 3, peinliche Anklagen aber in 2 Jahren ihre Erledigung finden ſollen. [8]) Es findet ſich hier der Ausdruck: relaxare ab observatione judicii und: censemus post biennii excessum .... accusatum absolvi. Hieraus bildete ſich eine absolutio, welche ſich z. B. bei den Gloſſatoren Bartoldus und Ubaldus findet: „quia libellus non fuit bene conceptus,“ „ubi libellus est ineptus.“ [9]) Ein Verkennen dieſer absolutio war ſehr geeignet, der Inſtanzentbindung, welche man darin fand, als bereits der Gloſſe bekannt, Eingang zu verſchaffen.

§. 6.

Peinliche Halsgerichtsordnung.

Im 16. Jahrhundert findet ſich Inſtanzentbindung in der italieniſchen und ſpaniſchen Praxis, in Deutſchland läßt ſie ſich indeß noch nicht nachweiſen. Im Jahr 1532 erhielt Deutſchland in der peinlichen Halsgerichtsordnung ein einheimiſches Strafprozeßgeſez, in welchem Inſtanzentbindung noch völlig fremd iſt.

---

4) cap. 15. X. de jud. II, 1. actionem . . . incongruentem cognovimus et ineptam . . . . . profecto nec rei vindicationem intentare, nec ipsius restitutionem poteras postulare. Unde intentionem tuam in hac parte pronunciavimus non tenere, absolventes eosdem milites ab eadem.

5) Henke a. a. O. S. 737. Mittermaier Strafv. II. S. 403.

6) Zachariä, Grundlinien S. 259.

7) a. a. O. §. 14.

8) L. 13. §. 2. C. III. 1. L. 3. C. IX. 44.

9) Oppermann §. 12.

Digitized by Google

Die Geſezgebung Karls V. von 1532 hat einerſeits durch Abſchaffung vieler Mißbräuche und Anordnung neuer nach den damamaligen Verhältniſſen zweckmäßiger Beſtimmungen einen bedeutenden Fortſchritt in der Strafgerechtigkeit bewirkt, andererſeits aber iſt ſie eine Firirung des damals in Deutſchland beſtehenden Rechtszuſtands; ein neues Recht ſollte nicht geſchaffen werden, ſondern das alte ſollte durch die Aufzeichnung der Kenntniß des Volkes zugänglich gemacht und der ſpätern Zeit aufbewahrt werden. So hat die peinliche Halsgerichtsordnung römiſches Recht und deutſche Gewohnheiten verarbeitet, aus früheren Praktikern geſchöpft, und kanoniſches Recht und deutſche Reichsgeſeze berückſichtigt, aber kein neues Recht geſchaffen.

Die Quellen der peinlichen Gerichtsordnung kennen die Inſtanzentbindung nicht, ſelbſt die absolutio bei den Gloſſatoren iſt etwas Verſchiedenes. Es müßte ſonach die peinliche Halsgerichtsordnung, falls ſie die Inſtanzentbindung ſanktioniren würde, ſelbſtſtändig das neue Inſtitut eingeführt haben, und nicht nur die Kommentatoren derſelben: Böhmer, Kreß u. ſ. w., ſondern auch Oppermann §. 13 glauben wirklich, die Inſtanzentbindung auf geſezliche Beſtimmungen der peinlichen Halsgerichtsordnung ſtüzen zu können. Die betreffenden Stellen ſind die Artikel 99 und 201. Art. 99: „So der beklagt mit recht ledig erkannt wirt.“ „Item würd aber der beklagt mit vrtheyl vnd recht ledig erkennt, mit was maß das geſchehe vnd die vrtheyl anzeigen würd, dem ſoll wie ſich gebürt auch gefolgt vnd nachgegangen werden, Aber des abtrags halb, ſo der ledig erkant als kläger begern würd, ſollen die theyl alsdann zu entlichem bürgerlichem rechten für das gericht wie hieuor dauon angezeygt vnd gemelt iſt, gehalten werden.“ So lautet dieſer Artikel übereinſtimmend in der Bambergensis Art. 120 und peinlichen Halsgerichtsordnung und ebenſo lauten, gleich der Art. 121 der Brandenburgensis von 1516 und Art. 90 der heſſiſchen Halsgerichtsordnung von 1535. Art. 201 der peinlichen Halsgerichtsordnung: „Vff die klag, ſo C. (des Verbrechens) halben von wegen A. (des Anklägers) wider B. (den Beklagten) ſo zu gegen vor diſem gericht ſteht, geſchehen iſt, auch des beklagten antwurt vnd alles nottürftig einbringen gründige fleißige erfarung vnd erfindung, ſo alles nach laut Keyſer Karls des fünfften vnd des reichs ordnung deßhalb geſchehen, iſt derſelbig gemelt beklagt mit entlicher vrtheyl vnd recht von aller peinlicher ſtraff ledig erkannt,

es wer dann ſach, daß der ankläger ſeiner klag rechtmeſſig vrſach gehabt, dadurch der richter bewegt werden möcht, die koſten vnd ſcheden aus redlich gegründeten rechtlichen vrſache zu compenſiren vnd zu vergleichen. Vnd was fürther die partheien ſchaden oder abtrags halb gegen eynander zu klagen vermeynen, daß ſollen ſie nach ausweyßung obgemelter ordnung, mit entlichem bürgerlichem rechten vor dem ſelben gericht, oder ſo von ampts wegen geklagt wirdt vor derſelben ſo ampts wegen klagten, nechſten ordenlichen oberkeyt austragen.“ Auch hierin ſtimmen Bambergensis Art. 226 und peinliche Halsgerichtsordnung überein, nur fehlen in erſterer die Worte: „es wer dann ſach — vnd zu vergleichen.“

Hier ſollen nun die Worte: „mit was maßen das geſchehe“ die Inſtanzentbindung enthalten. Kreß [1]) ſagt zu Art. 99: Bei einer Freiſprechung ſei auf das Urtheil zu ſehen, ob nämlich der Angeſchuldigte vollſtändig freigeſprochen ſei, oder ihn eine arbiträre Strafe oder Koſtenerſaz treffe, oder ob er blos von der Inſtanz wegen Mangels einer genügenden Ueberweiſung abſolvirt ſei. Böhmers [2]) Worte ad art. 99, §. 1 ſind: „Sequitur absolutoria sententia. Verba: „mit was weiß (maß) das geſchehe“ docent, non omnem absolutionem ejusdem esse naturae. Aut enim definitive, aut ab instantia tantum liberat.“ Oppermann [3]) ſtimmt vollkommen überein; er meint ſogar, das Gewicht der Worte: mit was maß das geſchehe, erhelle beſonders auch aus der Uebereinſtimmung der peinlichen Halsgerichtsordnung mit der bambergiſchen, brandenburgiſchen und heſſiſchen Gerichtsordnung; er vergißt dabei freilich, daß die Uebereinſtimmung dieſer Geſezgebungen beinahe in allen Artikeln vorhanden iſt, er vergißt aber ferner ſeine eigene Anſicht ſogleich wieder, wenn er unmittelbar darauf, betreffend die Worte: „es wer dann ſach“ u. ſ. w. in Art. 201 ſagt: es finde die Beziehung dieſer Worte auf die Inſtanzentbindung einen Halt darin, daß ſie in der Bambergensis fehlen, und erſt ſich in der peinlichen Halsgerichtsordnung finden. [4]) Alſo

---

1) Commentatio in CCC. 1736.
2) Meditationes in CCC. 1774.
3) a. a. O. §. 13.
4) a. a. O. S. 25. 26.

einmal wird ſeine Anſicht unterſtüzt durch die Uebereinſtimmung, das andere Mal durch die Nichtübereinſtimmung der Quellen!

Die Auslegung der Worte: „mit was maß das geſchehe“ iſt das entſcheidende. Gobler gibt die betreffenden Worte in ſeiner Ueberſezung der peinlichen Halsgerichtsordnung von 1543 mit folgendem: „Quando vero accusatus per sententiam judicialiter absolvitur, *quo pacto aut modo id fiat*, sententiaque docuerit, id ipsum ita ut par est, expediatur“ etc. Die Ueberſezung des Remus aber ſagt: „Sin accusatus judicum suffragiis *a crimine absolvatur*, pari jure absolutoria executioni mandari, et liber abire in res suas absolutus debet“ etc. [5]) Gobler und Remus konnten als Zeitgenoſſen der peinlichen Halsgerichtsordnung ſicherer wiſſen, was die Prozeßordnung Karls geben ſollte, als eine ſpätere Zeit, welche die Erfindungen der Praxis nun ſtets auch in der peinlichen Halsgerichtsordnung finden zu müſſen meinte. Remus überſezt ausdrücklich durch absolutio a crimine, was im Gegenſaz zu der ihm wohl bekannten abs. ab observ. judicii eine definitive Freiſprechung iſt, und Gobler gibt durch quo pacto aut modo id fiat die Worte der peinlichen Halsgerichtsordnung genau. Wie iſt nun aber irgend glaubwürdig, daß die peinliche Halsgerichtsordnung in den wenigen unbeſtimmten Worten ein ſo wichtiges Inſtitut hätte geſezlich einführen wollen? War es etwas neues, ſo mußte ſie die neue Lehre auch deutlich und ausführlich in der Form einer durchgreifenden Neuerung geben, wovon aber die peinliche Halsgerichtsordnung nichts enthält. Wäre aber ſchon vorher die Praxis mit der Inſtanzentbindung bekannt geweſen, ſo könnte ihre Dauer nur von der kürzeſten Zeit geweſen ſein, indem die früheſten ſchriftlichen Zeugniſſe, welche von der Gültigkeit der Inſtanzentbindung im Mailändiſchen reden, etwa gerade dieſer Zeit angehören; man müßte, angenommen aber nicht zugegeben, daß bereits vor der peinlichen Halsgerichtsordnung die deutſche Praxis die Inſtanzentbindung gekannt habe, doch jedenfalls eine junge und gewiß ſchwankende Praxis vorausſezen. Wie könnte aber die peinliche Halsgerichtsordnung, welche den unſichern Gerichtsbrauch feſtſtellen will, nur ſo im Vorübergehen ein jedenfalls noch nicht überall durchgedrungenes Inſtitut berühren? Wo aber die peinliche Halsgerichtsord-

5) Abegg, Gobleri et Remi interpretationes etc. p. 110, 111.

nung ausdrücklich: „Von form der vrtheyl zu erledigung eyner beklagten perſonen" ſpricht, Art. 199 — 203 findet ſich von Inſtanzentbindung auch keine Spur. Der Art. 199 ſagt: „wo eyn perſon mit vrtheyl vnd recht ledig zu erkennen beſchloſſen würd, ſoll dieſelbig vrtheyl auf dem entlichen rechtstag offentlich geleſen werden." Wie dieſes ledig ſprechende Urtheil vom Gerichtsſchreiber abzufaſſen ſei, ſagt Art. 200, dafür ſtehe die Form „inn nechſtnachgeſatztem artickel." Alſo in Art. 201 müßte die Form, wie des freiſprechenden ſo des inſtanzentbindenden Urtheils, enthalten ſein. Man vergleiche nun den oben abgedruckten Art. 201 damit. Der Beklagte, heißt es, ſei von aller peinlichen Strafe ledig zu laſſen: „es wer dann ſach, daß der ankläger ſeiner klag rechtmäßig vrſach gehabt, dadurch der richter bewegt werden möcht, die koſten vnd ſcheden aus redlich gegründeten rechtlichen vrſachen zu compenſiren vnd zu vergleichen." Weiter aber ſind die Partheien mit Privatanſprüchen an ein beſonderes Verfahren gewieſen. Gobler überſezt die betreffenden Worte: „accusatus definitiva sententia de jure ab omni criminali poena absolvatur, nisi accusator actionis causaeque suae justas ac legitimas rationes habuerit, quibus judex adduceretur ad expensas, et id quod interest legitime et rationabiliter compensandum." Remus gibt den Satz folgendermaßen: „Cajus — — — a poena absolvitur — — —. In quo, si acusator legitimam probabilemve accusandi causam habuisse certis documentis ostenderit, judex litis impensas compensatione mutua tolli jubebit." Hier iſt von keiner Inſtanzentbindung die Rede, aber auch bei Carpzow und den Kommentatoren nicht. Carpzow ſagt in Pars III. qu. 106. Nr. 55: „quo casu (sc. si accusator justam seu probabilem litigandi causam habuerit) licet reus absolutus fuerit, accusatorem tamen conveniri non posse, probatur ex art. 201: „Es wär dann Sach u. ſ. w." Kreß gibt keine Bemerkungen zu Art. 201; Böhmer aber behandelt aus Veranlaſſung dieſes Artikels blos das wirklich darin Enthaltene, die Gerichtskoſten. Er will die Beſtimmung hinſichtlich der Tragung der Prozeßkoſten nicht auf den inquiſitoriſchen Prozeß, ſondern blos auf den akkuſatoriſchen anwenden, in welchem billigerweiſe, wo der Ankläger einen ſtarken Verdacht gegen den Angeſchuldigten an's Licht bringe, dieſer aber die Tortur beſtehe, nicht den

Digitized by Google

Ankläger alle Koſten treffen, ſondern Kompenſation eintrete. [6]) Dagegen bemerkt Oppermann: daß die peinliche Halsgerichtsordnung nicht ausdrücklich die Form der Inſtanzentbindung gebe, könne nicht auffallen, denn ſie ſei überhaupt keine vollſtändige Prozeßordnung. Wohl aber können die Worte: „es wer dann ſach" u. ſ. w. auf Inſtanzentbindung bezogen werden. Es darf nun freilich nicht auffallen, daß die peinliche Halsgerichtsordnung die Losſprechung von der Inſtanz nicht erwähnt, aber nicht etwa, weil dieſelbe ein unvollſtändiges Geſezbuch iſt, ſondern weil ſie die Inſtanzentbindung nicht kennt.

Die bisherige Ausführung ergibt, daß die Inſtanzentbindung auf die peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. in keiner Weiſe geſtüzt werden kann. [7]) Man könnte etwa in jene Worte des 99ſten Artikels die Inſtanzentbindung legen, wenn man ſonſt bewieſen hätte, daß die peinliche Halsgerichtsordnung und die Praxis vor ihr ſie gekannt haben; denn dann könnte die peinliche Halsgerichtsordnung mit jenen wenigen Worten die Inſtanzentbindung als etwas Bekanntes andeuten. Allein dieſe frühere Praxis fehlt, und aus den angeführten Worten läßt ſich die Bekanntſchaft der peinlichen Halsgerichtsordnung mit der Inſtanzentbindung nicht beweiſen.

§. 7.

Italieniſche und ſpaniſche Praktiker im 16ten Jahrhundert.

Die italieniſche Praxis iſt die erſte Quelle der Losſprechung von der Inſtanz, das 16. Jahrhundert die Zeit, in welcher ſie erſtmals in Uebung trat. Die Gloſſatoren kannten, wie oben erwähnt iſt (§. 5.), nur die absolutio ab observatione judicii; auch die Schriftſteller vor dem 16. Jahrhundert kennen noch keine Inſtanzentbindung: Durantis (1271) und Albertus Gandinus († 1300), Bartolus (1312) und Baldus († 1400) enthalten keine Spur. Das erſte ſchriftliche Zeugniß von der Entbindung von der Inſtanz findet ſich in der

6) Böhmer ad art. 201.

7) Der gleichen Anſicht ſind: Scholz im Archiv 1834, S. 401 ff. Zachariä daſ. 1839, S. 377—80. Grundlinien S. 259 ff.

Digitized by Google

erſten Hälfte des 16. Jahrhunderts bei Alciatus, [1]) aber eine genauere Erörterung geben erſt die lezten der Praktiker, welche Einfluß auf Ausbildung des deutſchen Gerichtsgebrauchs erlangten, [2]) nämlich: ***Aegidius Bossius, Julius Clarus, Prosper Farinacius*** u. A. Ihre Schriften (practica criminalis, sententiae receptae etc.) ſind in der Zeit von 1560—1580 erſchienen. [3])

Wann aber zuerſt die Praxis der italieniſchen Gerichte auf die Erfindung der Inſtanzentbindung kam, läßt ſich auf ein beſtimmtes Jahr natürlich nicht feſtſezen. Die Wiſſenſchaft hatte ſchon vor dem Jahre 1550 ſich der Frage bemächtigt, denn Andreas Alciatus ſtarb im Jahre 1550. [4]) Intereſſant aber iſt es, daß der erſte, der uns Nachricht gibt von dem mailändiſchen Brauche — ein Gegner und Bekämpfer deſſelben iſt.

Andreas Alciatus, ein mailändiſcher Rechtsgelehrter, ſagt zu der Lex: Si calvitur, d. v. s. 233, [5]): In zwei Jahren müſſen Kriminalſachen erledigt werden: „Ideo bis errant vulgares latrunculatores, qui si reum convincere nequeant, eum ***rebus sic stantibus absolvunt***, ut quantocunque vel minima conjectura ducti, rursus in carcerem trudant. Nam elapso biennio inquietari amplius non potest, et cum accusatori statutus est terminus probationum recipiendarum causa, si probatum non sit, reus definitive est absolvendus, non autem ea forma, quam concussores et δημοφοβοι judices repererunt.“

Zwei ſpaniſche Rechtsgelehrte dieſer Zeit geben gleichfalls, indem ſie ſich gegen den neuen Brauch erklären, Zeugniß von der Inſtanzentbindung: Covarruvias und Gomesius. ***Covarruvias*** iſt der erſte, der den Ausdruck absolutio ***ab instantia*** gebraucht; er ſagt [6]):

1) Oppermann, Zachariä ſezen Bossius als den erſten: 1578.

2) Biener a. a. O. S. 112 ff.

3) Bossius 1578, J. Clarus 1560 — 70, Farinacius circa 1580 vergl. Biener a. a. O.

4) Nach Savigny, Geſchichte des R. Rs. im Mittelalter erſchienen ſeine Schriften zu Anfang des 16. Jahrhunderts 1513, 1517, 1518, vgl. 6. B. S. 365.

5) Opera omnia tom. 2. Ausgabe: Francofurti, sumtibus haeredum Lazari Zetzneri. 1617.

6) Variarum resolutionum libri III. Didaco Covarruvias a Leyva Toletano sancti Dominici archiepiscopo Authore. Lugduni 1557. Lib. I. cap. 1. Nr. 8. Nach der Vorrede iſt das Buch 1552 zu Granada geſchrieben.

„Constat — — — reum qui ex probationibus actorum, vel ex eo quod actor non probavit, innocens apparet, vere tamen nocentissimus est ex propria et privata judicis scientia, absolvendum esse definitive, non tantum *ab instantia* vel observatione judicii.“ Allein die Praxis ſei für das Leztere: „ut ex novis indiciis iterum possit illud crimen deferri.“ Anton Gomez, Profeſſor zu Salamanka, ſagt Folgendes [7]): Wenn der Torquirte nicht geſtändig iſt, „vel talis persona, quae de jure non potest torqueri,“ ſo tritt nach der Praxis keine definitive Freiſprechung ein. Gomez aber hat ſtets die entgegengeſezte Anſicht auf dem Katheder verfochten: es ſoll der Richter den Verdächtigen definitiv freiſprechen, oder ihn höchſtens nach Lage der gegen ihn ſprechenden Indizien mit einer poena arbitraria belegen, keinenfalls aber die Sache unentſchieden laſſen. „Quando accusator penitus nihil probavit, nec permissum illud medium, *a Doctoribus inventum.*“

Julius Clarus führt in ſeinen sententiae receptae Lib. V. §. fin. Qu. 57. §. 2 [8]) den Unterſchied an, ob eine Freiſprechung erfolgt, weil der Angeſchuldigte das Verbrechen nicht begangen, oder weil daſſelbe nur nicht bewieſen wurde. In jenem Falle kann keine neue peinliche Anklage gegen den Freigeſprochenen erfolgen, wohl aber im lezteren Fall bei bloſem Mangel des Beweiſes. In §. 3 knüpft er die Frage an, welcher Grund der Freiſprechung im Zweifel anzunehmen ſei, und beantwortet ſeine Frage: „sententia lata ex eo quod non fuerit probatum.“ Allein nicht ſo im Mailändiſchen, fährt er fort, weil hier für die leztere Sentenz eine ganz beſondere Form exiſtire: „Scias tamen, quod in hoc Ducatu (Mailand) haec opinio non servatur; nam stylus est, quod quando quis absolvitur, eo quia crimen non commisit, fertur sententia absolutoria simpliciter et definitive, ubi vero absolvitur, quia non probatum, semper apponitur clausula: ***Stantibus rebus prout stant***, et hoc secundo casu quandocunque superveniant nova indicia, sem-

7) Commentariorum variarumque resolutionum tomi III. Autore Antonio Gomezio, in academia Salmantina professore lib. III. cap. XIII. de tortura reorum Nr. 28. Ausgabe: Frankfurt 1596. Wann das Werk verfaßt iſt, konnte der Verf. nirgends ermitteln.

8) Ausgabe: Julii Clari opera omnia. Coloniae Allobrogum. Typis Pernet 1636. p. 282.

Digitized by Google

per proceditur; sed quando est simplex absolutoria, non potest amplius procedi.“ Jn quaest. 62 (p. 330) legt Clarus dem Richter auf, nach geſchloſſener Unterſuchung genau den Anſchuldigungs- wie den Vertheidigungsprozeß zu beachten, und die Jndizien und Beweiſe, welche durch die Vertheidigung nicht beſeitigt ſind, ins Auge zu faſſen. Jſt dann volle Ueberweiſung oder Geſtändniß vorhanden, ſo tritt Verurtheilung ein; ein halber Beweis bringt den Angeſchuldigten auf die Folter; reicht der Beweis nicht einmal ſo weit, ſo iſt er deficiente probatione freizuſprechen, denn actore sive accusatore non probante muß gemeinrechtlich eine freiſprechende Sentenz eintreten. L. qui accus. C. de edendo. „Forma autem absolutionis, fährt er fort, quae in hoc Ducatu servatur, est, quod si quidem reus probat innocentiam suam aliter quam per torturam, absolvitur definitive, neque potest deinde contra eum ex ea causa procedi, etiamsi nova indicia supervenirent. Si vero non probat ipse suam innocentiam, nisi per torturam, vel si non adsunt indicia sufficientia ad torquendum, vel ad imponendam aliquam poenam extraordinariam, tunc ***absolvitur quidem, non tamen definitive, sed stantibus rebus prout stant.*** Et hoc casu si superveniant nova indicia, de novo contra eum proceditur non obstante tali sententia.“ Die absolutio rebus stantibus prout stant iſt nun unſere Losſprechung von der Jnſtanz.

Aegidius Bossius, gleich Clarus, mailändiſcher Rechtsgelehrter und Senator, deſſen practica 1578 erſchien, kennt gleichfalls die J.E. Jm Titel: de pluribus violentiis [9]) nr. 114, 115 heißt es: Judex videtur absolvere a criminali reum vitio probationum: quemadmodum dicimus, quando in carcerem positus dimittitur: quia videtur absolvi rebus stantibus prout stant.“ . . . . . „Practica est in hoc dominio Mediolano, ut possit idem accusator prosequi eandem accusationem, non ex veteribus indiciis, sed ex novis et supervenientibus.“ Der titulus de sententiis nr. 64 ff. (p. 491) aber ſpricht die Regel aus, daß der Freigeſprochene wegen deſſelben Vergehens nun weiter nicht ſolle beläſtigt werden; der nur einfach der Haft Entlaſſene (simpliciter dimissus e carceribus) könne aber allerdings bei neuen Jndizien Beläſtigungen unterliegen: „quod multo

9) Ausgabe: **Basileae per Sebastianum Henricpetri p. 283.**

magis procedit, quando judex expresse interloquitur eum dimittendo ***rebus stantibus prout stant,*** prout hic Mediolani et in universo dominio fieri semper consuevit, nisi quando clare constat de innocentia rei, quia tunc absolvitur definitive." „Si judex habet indicia contra reum vehementia, licet tortus noluerit fateri, non debet eum absolvere, sed debet dari abolitio, hoc est, circumduci processus, vel absolvi in prima instantia." In Nr. 72 ſagt er: „eodem modo video observari omni casu, quo clare non apparet de innocentia."

Prosper Farinacius behandelt die J.E. ſehr genau. In ſeinem Buche: Variarum quaestionum et communium opinionum Criminalium [10]) ſagt er in Pars. I. arg.: accusatore non probante etc. Nr. 27: „Adverte tamen quod ex praesumtione innocentiae reus non est absolvendus tanquam innocens, prout alius opinabatur quidam magnus amicus meus, et nostris temporibus bonus criminalista, sed ***ex hactenus deductis.***" Absolutio ex hactenus deductis, oder ab observ. judic. heißt bei Farinacius die J.E. (apponitur clausula: ex hactenus deductis). In dem Werke: Praxis et theoricae criminalis libri duo [11]) erörtert er die J.E. in lib. I. qu. 4. arg.: semel absolutus quando possit de eodem delicto iterum molestari. An der Spiʒe (nr. 1) ſteht der Grundſaʒ: es ſteht einer neuen Inquiſition gegen den Losgeſprochenen die exc. rei judic. entgegen. Hievon werden nun Ausnahmen angegeben: bei Prävarikation (nr. 13), bei ſpäterem Geſtändniß (nr. 43), ignorante eo, qui suam vel suorum prosequitur injuriam (nr. 20 — 22) u. ſ. w. Die hauptſächlichſte Ausnahme aber bildet der Fall, wenn Einer blos ab obs. judic. losgeſprochen iſt; denn dieſer kann, si novae deducantur probationes seu indicia, wieder in Unterſuchung gezogen werden (nr. 23). Es iſt aber die Abſolution eine definitive, wenn der Angeſchuldigte als unſchuldig erfunden wird; absolutio autem ab obs. jud. tunc dicitur, quum quis absolvitur non tanquam innocens, sed tanquam non repertus culpabilis ***ex hactenus deductis et stantibus rebus prout stant*** (nr. 24). Dieß tritt

---

10) Ausgabe: Frankfurt 1612 e collegio Musarum Paltheniano in operum criminalium Pars VI.

11) Ausgabe: Frankf. 1622 in officina Palthenians, opera omnia pars I.

auch ein, bei demjenigen qui purgavit indicia per torturam, und es iſt dieß Praxis in Spanien, Frankreich und Mailand (nr. 26). Semper vidi reos in casu non probati criminis ab obs. jud. tantummodo, et non uti innocentes definitive absolutos .... absolutoria expresse dicit: absolvimus hactenus deductis, vel stantibus rebus prout stant ... in universo dominio Mediolani reus non absolvitur definitive, nisi quum constat de ejus innocentia, *licet forsan de jure contrarium verius sit* (nr. 27). Viele ſind aber gegen dieſe Art von Urtheilen, denn nach den Geſetzen contrarium verius videtur, und man kann ihnen beiſtimmen, wenn etwa dem Ankläger ein beſtimmter Termin gegeben iſt, um ſeinen Beweis zu erbringen, und dieſer verſtreicht. Allein ſonſt iſt die angegebene Praxis magis reipublicae expediens et utilis ad punienda scelera (nr. 27). Deßhalb iſt auch im Zweifelsfall, ſobald es nicht heißt: definitive et innocentem repertum absolvimus, ſtets die Vermuthung für die absolutio ex hactenus deductis (nr. 28).

§. 8.

Fortſezung.

So findet ſich die J.E. in den Schriften der Praktiker beſchrieben; es ſind die erſten ſchriftlichen Zeugniſſe, auf frühere Autoritäten iſt nicht verwieſen. Zwar ſagt Bossius l. c. nr. 66: ob die Sentenz definitiva oder interlocutoria ſei, darüber ſolle man Bartolus und Felinus vergleichen; daß aber dieſe nicht die absolutio ab instantia, ſondern die ab observatione judicii in den angezogenen Stellen behandeln, hat Zachariä [1]) nachgewieſen. Unſere Schriftſteller geben nun die J.E. als ein ihrer mailändiſchen und ſpaniſchen Praxis durchaus bekanntes Inſtitut (semper consuevit etc.); auch Clarus und Farinacius bringen Zeugniſſe für ihre Uebung in Spanien und ebenſo in Gallien bei. Bemerkenswerth iſt, daß ſich die Praxis der J.E. als ihres Werkes bewußt iſt, wie denn Bossius in Nr. 67 unter Beziehung auf die Lex qui accusare C. de edendo ſagt: „*De jure* tamen accusatus accusatore non probante *deberet*

1) im Archiv S. 374.

Digitized by Google

absolvi definitive;“ und Farinacius: „de jure contrarium verius videtur;“ wie ſie Gomezius als: „a Doctoribus inventum“ bezeichnet, und Alciatus ihre Erfinder „latrunculatores“ und „concussores“ nennt. Andererſeits aber finden ſich häufig Verwechslungen mit der Abweiſung ab observatione judicii, wie das obige Beiſpiel bei Bossius, und mit absol. ab obs. jud. bezeichnet beſonders Farinacius die Inſtanzentbindung.

Faßt man die Zeugniſſe der Praktiker ins Auge, ſo ergibt ſich, daß bei ihnen die J.E. auch ein ſchon ſehr ausgebildetes Inſtitut iſt. Ihr Eintritt iſt genau beſtimmt: bei einem halben Beweis iſt der Angeſchuldigte auf die Folter zu bringen, erfolgt aber hier kein Geſtändniß, beharrt er auf ſeinem Leugnen, ſo tritt nicht Freiſprechung, ſondern blos J.E. ein, weil des Leugnens ungeachtet die vorhandenen Verdachtsgründe beſtehen und ſtets ſpäterer Wiederbenützung vorbehalten bleiben. In welch’ genauer Verbindung die J.E. mit der Tortur und mit der Maßregel der poenae extraordinariae ſteht, erhellt beſonders aus einer Vergleichung von Clarus quaest. 62, §. 2 a. E. und qu. 64, §. illata reo. Während nämlich gemeinrechtlich durch das Ueberſtehen der Folter ein Beweis der Nichtſchuld gegeben iſt, und man annehmen muß, der Gefolterte habe wirklich die Wahrheit geſagt, iſt es die Praxis, welche in dieſem Fall gleichwohl theils außerordentliche Strafen, theils wenigſtens J.E. eintreten läßt [2]). J.E. tritt aber auch ein, wo der vorliegende Verdacht nicht einmal zur Tortur reicht, quo clare non apparet de innocentia. Während ſo bei einem nicht einmal zur Hälfte erbrachten Anſchuldigungsbeweis ſchon J.E. eintreten kann, ſind anderntheils die Folgen aber

---

2) Clarus qu. 62. §. 2 in f. Consuetudo obtinuit, ut (sc. qui purgavit per torturam omnia indicia) absolvatur tantummodo rebus stantibus. Qu. 64. §. illata: Illata reo tortura, si ipse neget delictum commisisse, et nihil fateatur, tunc dicitur purgasse indicia contra se existentia — — — — quod communiter totus mundus ita tenet, — — quod omnes observant in Italia etc. — — — Apud nos autem quandoque etiam post gravem torturam et perseverantiam rei in negatione ubi indicia sunt valde urgentia, solet Senatus reum condemnare, non quidem ad poenam ordinariam sed extraordinariam: puta triremium ad tempus, et aliquando etiam in perpetuum, praesertim quando reus est valde famosus.

Vergl. hiemit auch Art. 144 der würt. St.Pr.O.

Digitized by Google

auch ganz andere, als diejenigen, welche die ſpätere Praxis an den inſtanzentbindenden Spruch geknüpft hat. Die einzige nachtheilige Folge iſt für den Angeſchuldigten, daß in der ſo geſchehenen Losſprechung keine res judicata liegt, und jederzeit bei neuen Indizien ein neues Verfahren eintreten kann: utique potest iterum accusari; der Freigeſprochene aber non potest amplius accusari. Es liegt in dieſer J.E. freilich ſchon der Keim zu Uebeln, welche die Verſchiedenheit des ausgeſprochenen Urtheils rechtlich nach ſich zieht; Clarus qu. 62, §. 2 berichtet ſchon die Meinung des Caravita: der von der Inſtanz Entlaſſene habe Bürgen zu ſtellen de stando juri et se praesentando toties, quoties fuerit requisitus. Allein die mailändiſche Praxis ſträubt ſich noch gegen dieſen Anfang einer polizeilichen Aufſicht: „sed hoc apud nos non servatur, nisi Senatus, cui fiunt relationes causarum criminalium, id expresse jubeat.“ Dagegen erwähnt Bossius als Folge die Entlaſſung aus der bisherigen Haft. Auch zwei ſpäter vielfach beſprochene Fragen finden ihre Quelle ſchon in der frühen Praxis, nämlich: ob im Zweifel für ſie oder für gänzliche Losſprechung zu vermuthen ſei, wobei Clarus unter Beziehung auf die gemeingültige Vermuthung für Freiſprechung wegen Mangels an Beweis bemerkt, daß hier eben die mailändiſche Klauſel: rebus stantibus aushelfe. Weiter aber findet die Annahme, es gebe auch eine ſtillſchweigende J.E., ihre Stütze in dem Saze des Bossius, daß auch der simpliciter e carcere dimissus bei neuen Indizien moleſtirt werden könne. — So tritt die mailändiſche J.E. bereits als eine durchgebildete Lehre auf, und es iſt hier eine Frage noch zu unterſuchen, was wohl der Grund der Entſtehung des neuen Mittelurtheils war.

Hierüber beſtehen nun verſchiedene Anſichten: Oppermann [3]) ſagt: die J.E. habe wohl ihren Urſprung in dem Hand in Hand mit der Ausbildung des inquiſitoriſchen Verfahrens gehenden Streben, zwiſchen Freiſprechung und Verurtheilung ein Mittelding zu haben, und zur Unterſtüzung möge dem Inſtitut der Schein gedient haben, als ſei es ſchon in der römiſchen ampliatio und abolitio und der abs. ab obs. jud. enthalten. Mittermaier [4]) findet einen Grund in der Verlegen-

3) p. 20; vergl. Bauers Abhandlung §. 1.

4) im Strafverfahren; in der Lehre vom Beweis hat er auch die Anſicht, wie ſie Zachariä entwickelt.

Digitized by Google

heit der Richter, welche aus dem Verbot, auf Indizien zu verurtheilen, entſtand. Hepp [5]) bringt die J.E. in Verbindung mit der Tortur, und zwar in dem Sinne, daß zunächſt da, wo wegen äußerer Gründe, z. B. Taubheit, Stummheit, körperlicher Gebrechen u. ſ. w. nicht auf Tortur erkannt werden konnte, die abs. ab instantia die Stelle derſelben vertreten, gleichſam ein Surrogat der Tortur bilden ſollte, indem hier der vorhandenen dringenden Verdachtsgründe wegen weder Freiſprechung noch Verurtheilung möglich war; eine Anſicht, welche auch ihre Stüze in Gomez (S. 18) findet. Zachariä [6]) leitet ſie aus der Streitfrage her, ob ein Freigeſprochener wegen deſſelben Verbrechens noch einmal angeklagt werden könne. Dieſe leztere Anſicht ſcheint allein den Quellen über die Entſtehung der J.E. zu entſprechen; denn das Streben, ein Mittelurtheil zwiſchen Verurtheilung und Freiſprechung aufzufinden, läßt ſich nirgends nachweiſen; wohl aber mag die Anſicht eine geſezliche Stüze der J.E. im römiſchen Recht zu haben, zur Verbreitung derſelben mitgewirkt haben. Eine Verlegenheit, auf Indizien zu ſtrafen, iſt der italieniſchen Praxis nicht eigen; und wenn gleich ein Zuſammenhang mit der Tortur ſich nicht verkennen läßt (ſ. oben S. 22), ſo iſt doch die J.E. in den früheſten Zeiten nirgends beſtimmt als Surrogat der Tortur bezeichnet; gewiß aber wirkte dieſes Verhältniß ſpäter zur weiteren Verbreitung der J.E., beſonders zu ihrem häufigen Eintritt, nachdem die Tortur aufgehoben wurde. Die Quellen enthalten die deutlichen Ausſprüche, weßhalb die beſondere Klauſel: rebus stantibus prout stant, oder ex hactenus deductis der absolutio beigefügt wurde, nämlich: um die Möglichkeit eines ſpäteren Verfahrens zu behalten. Es erhellt dieß beſonders auch aus der Stellung der J.E. in den Schriften der Praktiker; ſo handelt Clarus in qu. 57 in §. 1: ubi reus de eodem crimine absolutus fuerit, aut condemnatus, non potest contra eum amplius procedi. In §. 2 aber: et quid, si fuit absolutus, non quia crimen non commiserit, sed quia non fuerit probatum etc. Farinacius erörtert ſie in der quaestio: semel absolutus, quando possit iterum molestari; ebenſo Covarruvias. Dieſer früheſte Grund, blos von der Inſtanz loszuſprechen, iſt beſonders

---

5) Anklageſchaft u. ſ. w. §. 20.

6) im Archiv a. a. O.

wichtig, um damit die ſpätere und heutige Uebung der J.E. und die Wiederaufnachme der Unterſuchung zu vergleichen.

§. 9.

Deutſche Praktiker vor Carpzow.

Von Italien aus drang der Gebrauch der J.E. auch nach Deutſchland ein. Zunächſt haben wir zu unterſuchen, ob die deutſchen Praktiker des 16. Jahrhunderts, die Schriftſteller vor Carpzow (1635) ſchon die J.E. kannten.

Die wichtigſten der Schriftſteller des 16. Jahrhunderts, welche bei der Geſchichte der Ausbildung des deutſchen Strafprozeſſes Beachtung verdienen, ſind in kurzer Ueberſicht [1]): Gobler (Prozeß 1536, 1549 ꝛc. Ueberſezung der P.G.O. 1543. Rechtsſpiegel 1550), Perneder (H.G.O. 1544), König (practica 1541) der Niederländer Damhouder (Praxis 1554), Rauchdorn (1564), v. Dorneck (1576), Remus (gegen Ende des XVI. Jahrhunderts) und Sawr (1607).

Oppermann, [2]) der ſchon die P.G.O. die J.E. gekannt haben läßt, findet dieſelbe denn auch in verſchiedenen Stellen der angeführten Praktiker, insbeſondere von: Perneder, Gobler, König, Rauchdorn und Sawr. Direkt iſt ſie jedoch von dieſen, gleichwie von der P.G.O., nirgends erwähnt, namentlich fehlt überall das nach §. 8 weſentliche Moment ihres Eintritts: die nicht erwieſene Unſchuld des Verdächtigen. Die einzelnen Stellen reden theils deutlich von andern Verhältniſſen, theils iſt es mindeſtens ſehr zweifelhaft, ob ſie unſere Losſprechung von der Inſtanz enthalten.

Zwar ſagt Perneder, [3]) „es ſolle die Exekution und Vollziehung angeregter Verurtheylung dennoch eingeſtellt und die Handlung von newen erortert werden," allein der Fall, in welchem dieſes ſtattfindet: „wo ſich durch glaublichen Schein oder Anzeigen erfinden wurde, daß der Verurtheylt der That unſchuldig ſeyn möchte," iſt doch gewiß keine J.E. Auch erhellt aus §. Das die peinlichen

1) Biener a. a. O. S. 160 ff. Ueber das Verhältniß dieſer Schriftſteller zur P.G.O. vergl. Wächter, im Archiv 1836, S. 115 ff.

2) §. 14. 3) constit. crim. V. Art. 9.

Digitized by Google

rechtfertigung ꝛc. ſeiner Halsgerichtsordnung (1544), wo es heißt: „Item es ſolle auch kain peinliche rechtfertigung über zwai jar geübt, ſunder wo dieſelben verſchinen ſein, der beklagt abſoluiret werden," daß Perneder keine verſchiedene Arten der Abſolution kennt.

Oppermann hebt aus Goblers gerichtlichem Prozeß, (erſtmals 1536, dann 1549,) die Worte aus: „Darum wirt das Urtheyl, das den parth von dem Gerichtsſtande und alſo ab instantia entbindet, keyn Endurtheyl genannt;" allein es iſt dieſe Stelle Goblers Darſtellung des bürgerlichen Prozeſſes entnommen, wie ſich klar ergibt, wenn man ſie in ihrem Zuſammenhang ſtehen läßt; den Ausdruck, ab instantia abſolviren, kennt ja im Civilprozeß auch cap. 15 X de judic. Die von Oppermann ferner zur Unterſtüzung ſeiner Anſicht angeführten Worte Goblers: „Der Richter ſoll den Beklagten nicht unſchuldig erkennen auff daß er auch damit wider die Wahrheit die er weiß nicht handle, ſondern die Lostheilung ſoll von dem Gerichtsſtande und alſo ab obs. jud. geſchehen, alſo daß er fürter möge beclagt werden ut in lege properandum §. fin. Cod. de jud." bezieht Zachariä [4]) auf die abs. ab observ. judicii, wofür die Berufung auf die eben dieſer absol. zu Grunde liegenden Koderſtelle ſpricht. Aller Zweifel, ob nicht die lezten Worte den Gebrauch der J.C. enthalten, muß verſchwinden, wenn man in Goblers Schriften an den Stellen nach J.C. ſucht, wo er ausdrücklich „von Form der Urtheyl, ſo einer ledig erkannt wird, ſpricht; denn ſowohl in ſeinem gerichtlichen Prozeß „in Peinlichen, Criminal, vnnd Maleſitzſachen" (1549) als in „der Rechten Spiegel" Frankfurt bei Egenolff 1550, findet ſich auch keine Spur von J.C., vielmehr iſt in beiden Werken hinſichtlich der Form der Urtheile lediglich auf die P.G.O. verwieſen.

Rauchdorn [5]) ſagt blos: „Würde der Beſchuldigte mit Urtheyl Recht ledig erkenndt, ſo ſoll inhalts des Urthels gebaret werden;" auf dieſe Worte läßt ſich nichts ſtüzen.

Dagegen (was Oppermann nicht anführt) ſcheinen der mailändiſchen Praxis einige Beſtimmungen in dem Buche: Praktika und Prozeß des Johann Arnold von Dorneck, Frankfurt a. M. 1576,

---

4) im Archiv a. a. O. S. 381.

5) Practica III, 31.

Digitized by Google

zu entſprechen. Dorneck ſagt (cap. VII. regula X.), der Beklagte, der in der Tortur beſtändig verneint, ſoll doch nicht „von der beſchuldigten That alsbald definitive unſchuldig geſprochen werden, der Richter ſoll ihn auf wider eynſtellung ledig laſſen, bis daß er mit ſeinem Leben und Wandel die erſten indicia und vermutungen gentzlich purgiert.“ Der Beſchuldigte kann ſich aber durch einen Reinigungseid oder dadurch befreien, daß der Richter dem Ankläger zum Beweis einen Termin ſezt, nach deſſen vergeblichem Ablauf demſelben ewiges Stillſchweigen aufzulegen iſt. In cap. VIII iſt aber bemerkt, in dieſem Fall: „ob ſich folgende andere neuwe vermutungen wider den thäter ereugten, möcht er wiederumb auffs neuwe mit der ſcherffe gefragt werden, und hette ſich dargegen mit der exception rei judicatae et litis finitae nichts zu behelffen.“

In Sawrs Prozeß findet Oppermann J.E. in zwei Präjudizien von den Jahren 1580 und 1585, welche folgendermaßen lauten: — — — „erkennen Richter und Schöpfen — — — — daß Beklagter von dieſem Gerichtsſtande zu abſolviren und auf caution des Wiedereinſtellens, und uns gewohnlich Urpheb zu erlaſſen ſei, wie dann ermeldete Richter und Schöpfen den Beklagten hiermit alſo wie vorſtehet abſolviren und ledig ſprechen von N.W.;“ und: — — — „wird zu Recht erkennt, daß ermeldeter B. von dieſem Gerichtsſtande und unſeres gnädigen Furſten und Herren haften, gegen einen gewöhnlichen Urpheden und Erſtattung der Atzung, auch caution des wiedereinſtellens auf ferner fordern zu abſolviren und zu erledigen ſei ꝛc.“ Zachariä ſieht auch hierin blos die abs. ab observatione judicii, weil der Grund der J.E., Mangel an Beweis, nicht erwähnt ſei; zum mindeſten iſt es zweifelhaft, was die Abſolution von dem Gerichtsſtand beſagen will.

Das badiſche Landrecht von 1588 enthält keine Spur der J.E. Die bairiſche Maleſizordnung von 1616 ſpricht im Tit. 6, Art. 6: „von aller ſtraff ledig“ ſowohl den, welcher ſeine Unſchuld bewieſen, als den, „der wider ihne eingekommne Indicia vnd verdacht durch genuegſam Tortur purgiert hette.“ Ledig ſprechen iſt definitive Freiſprechung; eine J.E. iſt ſomit hier nicht bekannt.

In der niederländiſchen Praxis war aber etwas der J.E. Aehnliches in Uebung. *Jodocus Damhouder*, deſſen Praxis rerum

Digitized by Google

criminalium ſchon im Jahr 1554 [6]) erſchien, ſagt in cap. 40 [7]): „Si reus in tormento constanter negaverit — — — — reducitur ad carcerem, — — — ubi decem etc. diebus servatur, an forsitan alia nova indicia aliunde sint eventura. Quae si non delata fuerint, e carcere et ex omnibus vinculis liberatur, pristinaeque libertati restituitur et dimittitur. Quousque: hoc est, donec denuo in judicium accersatur: sine ampliori et plenaria absolutione, atque ita receptum est fieri in practica. Nam ex jure plene absolvendus erit, quod per exactam torturam ab omnibus indiciis et suspicionibus satis sit purgatus." Wir haben in dieſem Kapitel ein reines Zeugniß der Praxis; denn Damhouder hält ſich nicht an die P.G.O. [8]) Dieſe niederländiſche Praxis, wie auch das von Dorneck Erwähnte, ſcheint aber in der That eine J.E. zu ſein; es ſtimmt vollſtändig mit dem überein, was Clarus als Uebung der italieniſchen Praxis für den Fall bezeichnet, wenn einer auf der Folter nicht geſteht. Es ſtimmt überein, daß neue Indizien den ſo Entlaſſenen wieder in Unterſuchung bringen; auch Damhouder erkennt an, daß de jure eine volle Abſolution eintreten müßte. Man wird ſomit annehmen können, auch in den Niederlanden ſei im 16. Jahrhundert ſchon J.E. üblich geweſen. Ob ſie aber von der mailändiſchen oder ſpaniſchen Praxis herüberkam, oder ſelbſtſtändig entſtand, iſt bei dem Mangel weiterer Erörterung bei Damhouder nicht möglich zu ermeſſen. Sein Einfluß bei ſpäteren deutſchen Praktikern mag mitgewirkt haben, der J.E. Eingang zu verſchaffen.

Wir haben ſomit aus dem 16. Jahrhundert allerdings Spuren der J.E., aber kein ganz ſicheres Zeugniß ihrer Uebung in Deutſchland. Was Dorneck uns überliefert, iſt der J.E. jedenfalls verwandt, und Damhouder und er gehen noch demjenigen voran, der ſicher die mailändiſche J.E. kennt — nämlich Carpzow.

---

6) Biener a. a. O. S. 163.

7) Ausgabe: Antwerpiae, sumtibus Joan. Belleri 1601.

8) Biener a. a. O.

Digitized by Google

§. 10.

Benedictus Carpzow.

Im Jahre 1635 erſchien die *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* von *Benedictus Carpzow.* Carpzow iſt durch dieſes Werk der Begründer der deutſchen Praxis geworden; ſeine Quellen ſind nicht nur das römiſche und kanoniſche Recht, ſondern er hat überall ſich an die P.G.O. angeſchloſſen, er hat das einheimiſche deutſche Recht, insbeſondere den Sachſenſpiegel berückſichtigt, die Schriftſteller vor ihm benützt, und eine eigene vieljährige Erfahrung in ſeinem Werke niedergelegt. [1]) Insbeſondere aber hat Carpzow die italieniſche Praxis und unter ihr die mailändiſche gekannt, er gebrauchte die Schriften des Bossius, Clarus und Farinacius. [2]) Carpzow iſt es auch, der die mailändiſche J.E. in ihrem Gebrauche auf deutſchem Boden kennt, der ſie erörtert, und der ſie — bekämpft.

In der mailändiſchen Praxis trat, wie §. 7, 8 gezeigt wurde, die J.E. in den zwei Fällen ein, wenn ein nicht einmal zur Tortur hinreichender Verdacht vorlag, und wenn der Torquirte die Tortur ohne zu geſtehen überſtand. Vergleichen wir hiemit die Maßregeln, welche nach Carpzow in Ermanglung eines vollen Beweiſes eintreten ſollen. Auch bei ihm noch bildet der Anklageprozeß die Regel, und das inquiſitoriſche Verfahren, ſo ſehr es nach und nach überhandgreift, die Ausnahme. Iſt nun im Verfahren der Beweis gehörig beigebracht, „die Sache genugſam bekannt," ſo erfolgt die Sentenz: Verurtheilung oder Freiſprechung. Iſt die Anklage bewieſen, ſo trifft den Schuldigen die geſezliche Strafe; actore non probante aber reus absolvitur. Dieß iſt der oberſte Grundſaz. [3]) Tritt aber der Fall ein, daß der Ankläger ſeinen Beweis nicht erbracht hat, liegen jedoch ſolche Indizien vor, welche zur Tortur hinreichen, ſo iſt der Verdächtige auf die Folter zu bringen: der ordentliche (akkuſatoriſche) Prozeß hört jezt auf, und verwandelt ſich in den inquiſitoriſchen: Der Folter

1) Vergl. Biener a. a. O. S. 165 ff.

2) J. B. Pars III. qu. 103. nr. 13—15, 18, 41, 51 u. ſ. w.

3) III. quaest. 106. nr. 94, 95.

wird der Verdächtige blos im Wege der Inquiſition unterworfen [4]). Die Wirkung der Folter auf das zu ſprechende Urtheil ſoll unten gezeigt, vorerſt aber der Inquiſitionsprozeß im Verhältniß zum mangelnden Beweis betrachtet werden. Hier ſagt Carpzow [5]): Mehrere unvollkommene Beweiſe können zuſammen keinen vollen geben; jedoch iſt der Leugnende aber durch einigen Beweis oder durch Indizien Beſchwerte nicht gänzlich freizuſprechen, ſondern außerordentlicherweiſe zu ſtrafen, oder der Tortur zu unterwerfen, oder er hat ſich eidlich zu reinigen. Das Verhältniß dieſer drei Mittel iſt folgendes: die poena extraordinaria (außerordentliche, mildere Strafe) tritt bei leichten Vergehen ein, dringende Indizien werden vorausgeſezt. [6]) Jedoch trifft eine außerordentliche Strafe auch den, der ſchon die Tortur überſtanden hat, in zwei Fällen: denjenigen nämlich, der zuvor ſchon überwieſen, gleichwohl noch auf die Folter gebracht wurde, ohne hier zu geſtehen, [7]) und denjenigen, welcher nach der Tortur geſtändig, ſein Bekenntniß zurücknimmt, wenn nicht etwa neue Folterqualen ihn wieder zum Geſtändniß zurückbringen. [8]) Der Reinigungseid aber iſt eingeführt, um bei einem der That in höherem Grade Verdächtigen noch ein anderes Mittel, welches zur Beſtrafung deſſelben führen könnte, zu benüzen; er findet Statt z. B. wenn die Indizien, um auf Tortur zu erkennen, nicht zureichen, oder wegen körperlicher Fehler eine Tortur nicht verhängt werden kann. Wird der Eid geleiſtet, ſo tritt definitive Losſprechung ein. Die Verweigerung des Eids führt bei leichteren Vergehen zu Verurtheilung, bei ſchweren auf die Folter. [9]) Die Tortur aber iſt das Hauptmittel, den Verdächtigen der Beſtrafung zu überliefern.

Es iſt dieſem zu Folge nach Carpzow der eine Fall der Anwendung der J.C. nicht üblich, nämlich die Erkennung auf dieſelbe bei einem zur Tortur nicht ausreichenden Verdacht; und ihre Stelle nehmen poenae extraordinariae und Reinigungseid ein, wie denn

---

4) quaest. 106, nr. 96. qu. 107, nr. 58.
5) qu. 116, nr. 49, 50 ff.
6) qu. 116, nr. 51—57.
7) qu. 125, nr. 24, 25.
8) qu. 126, nr. 56—59.
9) eod. 58 ff. 77, 80 ff.

Digitized by Google

überhaupt dieſe drei Erfindungen der Praxis in genauem Verhältniß zu einander ſtehen. [10])

J.E. tritt aber auch nach Clarus ein in Verbindung mit der Tortur; hier kennt und bekämpft ſie Carpzow. Durch Leugnen des Angeſchuldigten auf der Tortur reinigt er ſich vom Verdacht, er iſt zu abſolviren und aus der Haft zu entlaſſen. [11]) Ungewiß aber ſei, fährt Carpzow fort, „num reus a judicii observatione an vero simpliciter definitive sit absolvendus," indem Viele meinen: „satius esse, ab instantia saltem et observatione judicii, quam definitive, absolvi." [12]) Daß hier absol. ab observatione judicii die J.E. iſt, erhellt nicht nur aus der Verbindung im zweiten Saz mit ab instantia, ſondern überhaupt aus dem hier beſprochenen Verhältniß, wie denn eine Verwechslung der Bezeichnungen häufig iſt, und Carpzow ſelbſt zu der abs. ab observ. jud. [13]) von Clarus, Bossius u. ſ. w. die Stellen zitirt, welche die J.E. behandeln. Manche alſo erklären ſich für bloſe J.E., weil dann bei ſpäter auftauchenden neuen Indizien und Beweiſen auf's Neue Haft, Tortur und Verurtheilung erfolgen kann, „quod sane fieri *vix* poterit, si reus definitive absolvatur." [14]) Hier haben wir nun die J.E. der mailändiſchen Praxis ſammt dem Grunde ihrer Einführung: der dadurch möglich gemachten Wiederaufnahme der Unterſuchung, und zugleich das Zeugniß, daß ſie Uebung in Deutſchland fand. Carpzow aber ſtellt ihr ſeine Autorität gegenüber: er kann ſich nicht dazu verſtehen, dieſer Anſicht beizupflichten. Wenn auch die Regel iſt, daß durch die Losſprechung gegen ſpätere Anklagen eine rei judicatae exceptio ge-

---

10) Abegg, Erörterungen aus dem Gebiete des ſtrafrechtlichen Verfahrens I, §. 27.

11) qu. 125, nr. 3.

12) qu. 125, nr. 4. Oppermann §. 15, der ſich wundert, bei Carpzow und ſeinen Nachfolgern ſo wenige Spuren der J.E. zu finden, während ſie ſeiner Anſicht nach ſchon ein Jahrhundert (1532 — 1635) in Deutſchland beſtand, ſagt: Spätere Schriftſteller führen die nr. 4 der qu. 125 als von der J.E. redend an; „at hic locus nobis tantummodo de absolutione ab instantia *in civilibus* dicere videtur." Auffallend daß Oppermann, der ſonſt J.E. überall aufzufinden glaubt, dieſe unſtreitig von derſelben handelnde Stelle gar auf Civilverfahren bezieht!

13) in qu. 104, nr. 60.

14) qu. 125, nr. 5.

Digitized by Google

wonnen wird, ſo begründet doch Carpzow die Anſicht, daß eine Wiederaufnahme der Unterſuchung zuläſſig ſei, ſelbſt gegen Freiſprechung. Dieſe Regel angenommen, iſt die J.C., welche ja eben im Mailändiſchen der gegentheiligen Regel wegen aufkam, freilich nicht mehr nöthig. Zunächſt iſt aber ein nicht unerheblicher Widerſpruch bei Carpzow ſelbſt zu beſeitigen. Um nämlich nicht auf J.C. gegen den, der die Tortur überſtanden hat, erkennen zu müſſen, ſtellt Carpzow die Säze auf qu. 125, nr. 8: „Si reo absoluto (definitive) nova appareant indicia commissi criminis, quin denuo adversus ipsum vel per viam accusationis, vel etiam inquisitorie procedi queat, dubium non est, quin et novis indiciis urgentioribus gravatus, secunda quoque vice ad torturam rapi poterit;“ und nr. 7 ibid: „Sicuti absolutione semel secuta, denuo formari potest inquisitio, vel fieri accusatio propter novam qualitatem antea non deductam, nunc deducendam et probandam.“ Ganz das Gegentheil enthält aber die qu. 104, nr. 58—60: Eine neue Anklage gegen den vom Richter Freigeſprochenen iſt unzuläſſig „nam delictum principale, et sic in ipsa substantia et essentia, fuit jam sublatum per sententiam absolutoriam, quae declaravit, nullum adesse delictum; quomodo igitur nova delicti qualitas poterit in judicio proponi, si nullum adest delictum? impossibile namque hoc est.“ In Nr. 60 iſt beigefügt, daß eine abs. ab observ. judicii, puta forsan ob libelli ineptitudinem, aut accusatoris inhabilitatem dieſe Wirkung nicht habe. Man könnte, dieſe Stelle allein und für ſich betrachtet, ſehr leicht verſucht ſein, hierin eine Beſtätigung der mailändiſchen Praxis zu finden: die Unzuläſſigkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung nach eingetretener Freiſprechung, und die Ausnahme durch die J.C. Eine Verwechslung der Definition lezterer, wie ſie dann vorläge, iſt ohnedieß häufig und die dieſer Stelle beigefügten Zitate weiſen auf die absolutio rebus stantibus prout stant des Bossius und Clarus. Allein es ſteht die ſchon mehrfach erwähnte qu. 125 entgegen, welche die J.C. und die exceptio rei judicatae verwirft. Man kann in Nr. 60 ſomit blos die abs. ab obs. jud. mit dem Beiſaz ob libelli ineptitudinem etc. annehmen; der hiedurch noch nicht gehobene andere Widerſpruch aber löst ſich einfach folgendermaßen: in qu. 104 redet Carpzow ausſchließlich vom ordentlichen akkuſatoriſchen Prozeß, und gibt hier die gemeinrechtliche

Digitized by Google

Regel, daß Freiſprechung eine exc. rei judicatae gebe. In qu. 125 aber iſt bereits in die Erörterung auch der inquiſitoriſche Prozeß mit aufgenommen, und mit ihm erhalten wir die Ausnahme von jener oben allgemein aufgeſtellten Regel, die Ausnahme, welcher Carpzow ſelbſt beiſtimmt; er ſagt hier noch: ***regulariter*** ob eandem causam denuo accusari non potest; allein hier greifen die Ausnahmen Plaz, wie ja z. B. der Schuldige ſpäter von einem Andern belangt werden könne, ſofern dieſer nur darthue, er habe nichts von der früher erhobenen Anklage gewußt; das öffentliche Intereſſe, daß Verbrechen nicht unbeſtraft bleiben, erheiſche dieſe Irregularität u. ſ. w., [15]) und ſo kommt Carpzow dazu, gegen die allgemeine Regel die oben ausgehobenen Säze Nr. 7, 8, qu. 125 aufzuſtellen. Dieß iſt Carpzows Argumentation über die J.E. und ſein Urtheil iſt ſchließlich in Nr. 10: „Rectius itaque sentiunt alii, reum tormenta perpessum negantem crimen, de quo fuerat interrogatus, non modo a judicii observatione (ab instantia) sed definitive prorsus absolvendum esse. ***Quibus calculum meum addere nil quicquam vereor,***“ und in Nr. 14 ſezt er hinzu: „Hancque sententiam praxis quotidiana comprobat.“ In Carpzows peinlichem ſächſiſchen Inquiſitions- und Achtsprozeß, Leipzig 1662, findet ſich denn auch von der J.E. keine Spur.

Faſſen wir nun das Ergebniß der vorſtehenden Ausführung zuſammen: Carpzow kennt die J.E.; fehlt es an dem zur Tortur erforderlichen Verdacht, ſo iſt jedoch auf Reinigungseid oder eine arbiträre Strafe zu erkennen. Ueberſteht aber ohne ein Bekenntniß der dringend Verdächtige die Tortur, ſo muß eine definitive Freiſprechung eintreten, welche jedoch nicht hindert, daß bei ſpäter ſich ergebendem neuem Verdacht eine neue Unterſuchung eintritt. Nach Carpzows Theorie kommt ſomit überhaupt keine J.E. zur Anwendung.

§. 11.

Deutſche Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts.

Anders verhält es ſich bei Zeitgenoſſen und Nachfolgern Carpzows, nach welchen die Erkennung auf J.E. in die Praxis eindringt.

15) l. c.

Digitized by Google

Matthaeus in ſeinem Werke de criminibus [1]) erklärt ſich übrigens gegen die J.E., deren Gebrauch zu ſeiner Zeit er im Allgemeinen dahin beſtimmt, daß bei geführtem Unſchuldsbeweis absolutio a crimine, bei mangelndem Anſchuldigungsbeweis aber blos ab instantia ſtattfinde. [2]) Der übliche Ausdruck iſt jezt, wie er ſich bei Carpzow findet: absolutio ab instantia. Sie iſt in allgemeiner Uebung, und Matthaeus ſagt, man dürfe ſich nicht wundern, wenn eine Freiſprechung blos dem zu Theil werde, welcher ſeine Unſchuld dargethan habe, indem anders als in Rom jezt die Ankläger ſelten ſeien, und ſo derjenige, welcher einmal vor Gericht ſtehe, nur durch einen Unſchuldsbeweis davon komme. [3]) Gleichwohl aber theilt er dieſe Anſicht nicht. Matthaeus unterſcheidet ſehr richtig die römiſche ampliatio von der J.E. [4]); wo der Richter keine Ueberzeugung von Schuld oder Unſchuld habe, könne er eine ampliatio anordnen. Neben Verurtheilung, Freiſprechung und ampliatio aber ſoll er nicht ein Viertes, die J.E., ausſprechen. In tit. 16, cap. 4, §. 16 ff. aber erklärt er ſich namentlich für definitive Freiſprechung desjenigen, welcher die Tortur überſtand, ohne zu geſtehen. Er beleuchtet die Gründe der Praxis, welche hier blos J.E. eintreten läßt. Wie bei mangelndem Anſchuldigungsbeweis keine Verurtheilung, ſo könne bei nicht erbrachtem Entſchuldigungsbeweis keine Freiſprechung eintreten, ſagen die Vertheidiger der J.E. Matthaeus aber hält das römiſche Recht entgegen, das definitive Freiſprechung, Beendigung von Kriminalſachen in 2 Jahren verlange; man dürfe nicht eine ſtete Ungewißheit über das Schickſal eines Angeſchuldigten walten laſſen u. ſ. f. Auch die Frage, für welche absolutio die Vermuthung ſei, kennt Matthaeus, und entſcheidet ſie für Freiſprechung.

Im Jahr 1647 erſchien erſtmals Johann Brunnemanns tractatus juridicus de inquisitionis processu. Auch er kennt die J.E.; was ſich bei ihm findet, iſt Folgendes: Wenn der Angeſchuldigte wegen Mangels an Beweis freigeſprochen wird, was im Zweifel zu vermuthen iſt, ſo kann er nach Grundſäzen des inquiſitoriſchen

1) Trajecti ad Rhenum 1644.
2) lib. 48, tit. 15, cap. 7, nr. 4.
3) tit. 16, cap. 4, nr. 18.
4) tit. 17, cap. 2, nr. 3.

Digitized by Google

Prozeſſes, wenn ſich ſpäter wirkſamere Beweiſe ergeben, immer noch verurtheilt werden. [5]) Außer der definitiven Freiſprechung bei erwieſener Unſchuld enthält die absolutoria die „absolutionem ab instantia, ubi ob defectum idoneorum et sufficientium indiciorum reus absolvitur ab hac inquisitione.“ [6]) Neue Unterſuchung bei neuen Indizien kann dann eintreten, und Verurtheilung in die Koſten damit verbunden ſein. [7])

Man ſollte erwarten, daß Juſtus Oldekop, der ſtreitſüchtige Gegner Carpzows [8]) auch deſſen Erörterung der J.E. bekämpft habe, allein die J.E. iſt von ihm (Observationes criminales. Bremae 1654. Tractatus de appellatione, Halberstadii 1655), ſowie auch von Blumblacher (Commentarius in Kayſer Carls Peinliche Halß-Gerichts-Ordnung, Saltzburg 1670) nicht erwähnt. Daniel *Clasenius* (comment. in CCC. Frankfurt 1685) erklärt den Art. 99 der P.G.O. als Andeutung der J.E. Zu Art. 9 derſelben ſagt er, bei halbem Beweiſe ſoll außerordentliche Strafe eintreten; der torquirte nicht geſtändige Verdächtige aber ſoll definitiv, und nicht blos, wie Viele meinen, ab instantia losgeſprochen werden.

Tobias Granz [9]) widmet der J.E. einen eigenen Abſchnitt: „de absolutione ab instantia, seu dimissione ad tempus.“ Im Zweifel zwiſchen Schuld und Nichtſchuld bleibe ein definitiver Ausſpruch ſuſpendirt, bis ſich ſpäter die Wahrheit zeige. Granz, welcher Rechtsgelehrter in Görliz in der Lauſiz war, gibt uns auch die Formel: „daß Inquisit geſtalten Sachen nach in Manglung anderer und mehrer Indicien von der Inquisition zu entbinden, der gefänglichen Hafft zu erlaſſen, auf freyen Fuß zu ſtellen 2c.“ [10]). Der Zweck iſt ſpätere Erforſchung der Wahrheit; häufig iſt deßhalb die Klauſel: „Jedennoch aber ſind die acta mit Fleiß aufzuheben, und auf ſein Leben und Wandel genau Obacht zu haben, ob ſich vielleicht künftig andere Indicia wider ihn hervor thun möchten;“

5) a. a. O. cap. I, nr. 15.
6) cap. IX, nr. 1.
7) ibid. nr. 1, 2.
8) Biener a. a. O. S. 167.
9) Defensio inquisitorum 1702, cap. VI, membr. I, sectio 1.
10) l. c. nr. 8.

Digitized by Google

finden ſich aber ſolche, ſo iſt er nicht durch die exceptio rei judicatae geſchützt und neue Haft und Verurtheilung können erfolgen. [11]) Dagegen tritt Freiſprechung ein, wenn gleichmäßig für und gegen den Angeſchuldigten Anzeigen ſprechen [12]), bei geleiſtetem Reinigungseid [13]), und wenn er, ohne zu geſtehen, die Tortur überwindet [14]): „Dieweil der Gefangene in der ſcharffen Frage ſo viel erhalten, daß er die Verbrechung nicht gethan, ſo mag nunmehro ferner wider ihn nichts vorgenommen werden, ſondern er wird der gefänglichen hafft auf einen gewöhnlichen Urpheden billich entlediget. V. R. W."

In Ludovici's Einleitung zum peinlichen Prozeß 1707 [15]) iſt die J.E. folgendermaßen erwähnt: „Wird der Inquiſit nur aus Mangel zureichender Indiciorum ab instantia abſolviret, ſo erkennet man: „daß in Ermanglung erheblicher Indizien (oder Anzeigungen) wider Inquiſiten ferner nichts vorzunehmen."

Kreß [16]) findet, wie oben §. 6 gezeigt wurde, in Art. 99 der P.G.O. die J.E.; die Formel iſt: „daß in Ermangelung hinlänglichen Verdachts vel mehrern und ſtärkern Indicien wider N. noch zur Zeit weiter nichts vorzunehmen."

Im Laufe des 18. Jahrhunderts iſt die absolutio ab instantia ſchon mehrfach Gegenſtand des Streits in akademiſchen Diſſertationen. Uebereinſtimmend aber bezeugen dieſe den Gebrauch des Inſtituts in der Praxis. Piſtorius, praes. *Schoepff*, [17]) ſtellt bei Erörterung der Urtheile im Kriminalprozeß die J.E. als regelmäßiges Urtheil bei mangelndem Beweiſe auf: „und wird der Angeſchuldigte auf geſchehenes Angeloben, ſich allemal wieder zu ſtellen, nacher Haus gelaſſen, unterdeſſen der Pfarrer und die Gemeinde erinnert, auf ſeine Perſon, Thun und Laſſen exacte und genaue Achtung zu geben, und ſo was verdächtig gefunden würde, ſolches gehörigermaßen anzuzeigen."

---

11) l. c. nr. 14.
12) nr. 25.
13) nr. 26.
14) nr. 30: „definitive erit absolvendus."
15) cap. 10, §. 8.
16) Commentatio in CCC. 1736.
17) dissert. de processu criminali. Tübingen 1729. §. 40.

Digitized by Google

Bakmeiſter [18]) wendet die J.C. auch im Kontumazialverfahren an, ſofern gegen einen dringend Verdächtigen die Tortur ſeiner Abweſenheit wegen nicht verfügt werden könne. Schneidmann, praes. *Moegling*, [19]) läßt ſeiner Diſſertation eine Erörterung über die abs. ab inst., „quae omnino affinis est“ vorausgehen, und läßt ſich auf die Streitfragen über Zuläſſigkeit u. ſ. w. ungefähr in der Weiſe des Matthaeus ein.

Weitläufig aber behandelt die J.C.: ***Harpprechti*** commentatio de abs. ab inst., Tubingae 1747; er ſtellt eine ganze Reihe weitſchweifiger Regeln auf, wann im Civil- wie Kriminalprozeß die J.C. eintrete; die wichtigſten Säze ſind: „Omnis absolutio ab instantia requirit indicia probata; quotiescunque vero ita comparata sunt, ut nec definitive pronuntiari, nec ad torturam procedi, nec ad juramentum purgatorium possit, ab inst. tantum absolvendus est reus.“ „Abs. ab inst. medium tenet locum inter torturam et juramentum purgatorium, atque requirit, ut minor probatio sit allata, quam quae torturae sufficit, major vero, quam quae juramento purgatorio posset elidi vel tuto committi.“ [20]) Die J.C. iſt blos eine interlocutoria sententia. [21]) Eine ſtillſchweigende J.C. iſt die dimissio sine sententia, welche ſich blos formell von der erſteren unterſcheidet. [22]) Durch beide hört die ſeitherige Inſtanz, nicht aber die Anſchuldigung auf, ebenſo die Thätigkeit des Richters, bis ſich neue Anzeigen ergeben, wo dann die alten wieder aufleben; eine exceptio rei judicatae gibt die J.C. nicht. Harpprecht ſcheidet dem blos von der Inſtanz Entbundenen ſtets die Koſten zu, weil eben in der J.C. der Beweis liege, daß der Losgeſprochene nicht unſchuldig ſei, ſondern ſelbſt den Grund zur Anſchuldigung gegeben habe. Eine Folge iſt eine cautio des Schuldigen de se semper iterum sistendo. Weiter deutet Harpprecht die Folgen

---

18) dissert. de processu in contumaciam in causis criminalibus, praes. Schoepff. Tübingen 1733. §. 23.

19) dissert. de dimissione reorum sine sententia. Tübingen 1741. §. 3, 4.

20) l. c. pag. 130, 131.

21) l. c. pag. 148.

22) pag. 150.

Digitized by Google

für die fama des Inſtanzentbundenen an; auf denſelben zu achten iſt des Richters und Anderer Pflicht. [23])

Geſezlich ſanktionirt iſt die J.E. im *Codex Juris Bavarici* criminalis de anno 1751 (Cod. Maxim.). Im 2. Theil cap. 10, §. 9 heißt es: „Liegt aber die Unſchuld nicht klar am Tag, ſondern bleibt etwann wegen nicht genugſam abgeleinter Prob und Inzicht, oder weil die Reinigung per torturam vel Juramentum gewiſſer Bedenklichkeiten halber, nicht vorgenommen werden können, annoch ein billiger Verdacht übrig; ſo wird der Inquiſit zwar endlich, aber nicht gänzlich, ſondern nur ab ulteriori Instantia et observatione Judiciali absolviret.“ Die Anmerkungen zu dem Geſezbuch enthalten hierüber nichts.

Bei Beſprechung des Art. 99 der P.G.O. gibt Böhmer [24]) eine Erörterung über die J.E. Formeln ſind: „daß in Mangel hinlänglicher Anzeigen noch zur Zeit wider Inquisiten nichts weiter vorzunehmen“; „es ſind aber die Acta verwahrlich hinzulegen auf Inquisitens Leben und Wandel genaue Aufſicht zu haben, auch ſobald ſich ein anderweiter Verdacht äuſert, fernerweit in dieſer Sache zu verfahren.“ Böhmer will eine definitive Freiſprechung immer erſt nach dem artikulirten Verhör eintreten laſſen, die J.E. ſchon vor dieſem; auch bei Böhmer iſt angedeutet, daß die J.E. „famam paulisper suggillat.“

Meiſter [25]) definirt die J.E.: „si reus tantum interim pro praesenti statu causae, in specie ob defectum sufficientium indiciorum absolvitur.“ Sie kann eintreten ante und post specialem inquisitionem, explicite und implicite, lezteres als dimissio rei absque sententia.

Quiſtorp [26]) nimmt für eine unbedingte Abſolution die Rechtskraft an; anders bei der J.E.; Kautionen ſind eine gewöhnliche Folge.

Kleinſchrod, deſſen Abhandlungen 1797 erſchienen, gibt die Fälle, in welchen auf J.E. zu erkennen iſt, ganz vollſtändig an, bei ihm ſind nachtheilige Folgen mit der J.E. entſchieden verbunden, wenn er z. B. ſagt, es ſei eine Entlaſſung ohne Urtheil der J.E.

---

23) l. c. §. 13.
24) Meditationes in CCC. 1774, p. 310.
25) Principia juris criminalis. Göttingen 1789. §. 436.
26) Grundſäze des peinlichen Rechts. 1794. (5. Auflage.) §. 775, 776.

Digitized by Google

vorzuziehen, weil leztere mit einigem Nachtheil für die Ehre verbunden ſei; ebenſo kennt er Kautionen, Konfinationen, Prozeßkoſten als Folgen der Inſtanzentbindung.

§. 12.

Fortſezung.

So iſt zu Ende des 18. Jahrhunderts der Gebrauch der J.E. in der deutſchen Praxis entſchieden. Keineswegs aber war ſie in ſo häufiger Uebung, als dieß zu unſern Zeiten der Fall iſt. Denn neben ihr ſtanden Tortur, poenae extraordinariae und Reinigungseid, und blos bei einem Verdacht, der zwiſchen den Erforderniſſen zum Reinigungseid und zur Tortur die Mitte hielt, oder bei erfolglos gebliebener Tortur war J.E. das Auskunftsmittel. In Meiſters rechtlichen Erkenntniſſen der Göttinger Juriſtenfakultät findet ſich unter 150 Entſcheidungen blos eine J.E.

Ungeachtet dieſes noch ſeltenen Gebrauchs der J.E. läßt ſich die Ausbildung derſelben in der Praxis des 18. Jahrhunderts verfolgen. Der Zweck des Eintritts iſt weſentlich noch der gleiche, wie in der mailändiſchen Praxis des 16. Jahrhunderts, die Möglichkeit, das Verfahren ſpäter wieder aufzunehmen; denn der Grundſaz der Rechtskraft freiſprechender Urtheile iſt allgemein gültig, wenn ſchon Carpzow bereits ein Gegner deſſelben iſt. Zu dieſem Endzweck werden denn auch die Akten ſorgfältig aufgehoben, um ſpäter die alten Verdachtsgründe mit neu auftauchenden verbinden zu können; die einzelnen Fälle, wann J.E. auszuſprechen iſt, werden behandelt, es findet ſich das Beſtreben, ſie nicht auf ſolche Fälle auszudehnen, in welchen eine völlige Losſprechung geboten iſt; insbeſondere ſoll leztere auf das glückliche Ueberſtehen der Folter folgen. Die Anwendung der J.E. im Kontumazialverfahren iſt üblich. —

Die Folgen der J.E. werden ausgebildet. Wenn urſprünglich die Möglichkeit der Wiederaufnahme der einzige für den Inſtanzentbundenen ſich ergebende Nachtheil war, ſo enthält die jezige Praxis bereits weitere Uebel, und die Keime zu ſolchen, welche erſt unſere Zeit in neuen Geſezen geſchaffen hat. Die Zuſcheidung der Koſten iſt häufig mit der J.E. verknüpft; Harpprecht macht ſie zu einer

Digitized by Google

nothwendigen Folge. Clarus ſträubt ſich noch dagegen, vom Angeſchuldigten ſich Bürgen dafür ſtellen zu laſſen, daß er ſpäter ſich dem Gerichte ſtellen wolle; jezt dagegen ſind Kautionen etwas Gewöhnliches. Die Konfination, welche heut zu Tage eine häufige Wirkung der J.E. iſt, findet ihren Keim im 18. Jahrhundert; es iſt Aufſicht über den ſo Entlaſſenen zu üben, der Pfarrer, die Gemeinde, die Obrigkeit hat ſeinen Lebenswandel zu beobachten. Endlich aber kennt die Praxis die Spur von Nachtheilen, welche allgemein durch neuere Verfaſſungsurkunden mit der J.E. verknüpft ſind: Schmälerung der bürgerlichen Ehre. Bei Böhmer und Kleinſchrod tritt dieſe Wirkung hervor; auch iſt bereits zweifelhaft, ob ein von der Inſtanz entlaſſener Beamter ſein Amt behalten kann.

Der Zuſammenhang der J.E. mit Tortur, mit poenae extraordinariae und Reinigungseid iſt ſeither nachgewieſen worden. Als zu Ende des vorigen und Anfang dieſes Jahrhunderts jene Inſtitute oder einzelne derſelben in Deutſchland abkamen, mußte deren Abſchaffung auf die J.E., welche allein im 19. Jahrhundert noch (blos mit Ausnahme eines Landes) allgemein in Deutſchland gilt, einen bedeutenden Einfluß haben, und unverkennbar äußerte ſich dieſer in zwei Punkten: in der häufigeren Uebung und in der Ausbildung der nachtheiligen Folgen derſelben. Für Beides fehlen die Gründe nicht. Nach Carpzow noch kommt J.E. gar nicht in Anwendung, indem in allen Fällen, wo ſie nach ſpäterem Gebrauch eintrat, noch jene Inſtitute wirkſam ſind. Unter Carpzows Nachfolgern gewinnt ſie Boden, und am Ende theilte ſich in die Fälle der Tortur u. ſ. w. blos ſelten mit der J.E. die Verurtheilung. Bei zweifelhafter Lage der Unterſuchung iſt ſo nach und nach die J.E. das einzige Mittel des Richters geworden, ſeinen Zweifel auszuſprechen. Hand in Hand mit dieſer häufig gewordenen Uebung geht aber die Feſtſtellung und Erweiterung der rechtlichen Nachtheile der J.E. Es iſt um dieſe Zeit die J.E. weſentlich ein Surrogat der aufgehobenen Tortur geworden, und nicht, „um ſie verhaßt zu machen,“ wie Bauer meint, ſondern geſtüzt auf den Gang der Praxis, muß man den Zuſammenhang der J.E. mit der Folter erwähnen. [1]) Daß ſich aber hieraus

1) A. M. Bauer, Abhandlungen II, S. 323, N. a. — Für die Anſicht, daß die J.E. ein Surrogat der Folter geworden iſt: Hepp a. a. O.

für die J.E. Nachtheile ergeben, ſpringt ſogleich in die Augen. Wo man früher den Verdächtigen mit der Folter gepeinigt hatte, ſollte er jezt auch nicht ohne eine ſchlimme Wirkung entlaſſen ſein; nun erſt treten die Kautionen, Konfinationen, Schmälerungen der bürgerlichen Rechte in volle Kraft, und ſo involvirt die J.E., gegründet auf bloſen Verdacht, ein Uebel, das theilweiſe der Strafe ſelbſt gleichkommt.

§. 13.

Jeziges Recht; neue Geſezgebungen.

Die J.E., welche nach §. 7, 8 der italieniſchen Praxis zuerſt bekannt war, hat ihre Heimath verlaſſen und ſich in Deutſchland eingebürgert, ſie hat hier ihre weitere Ausbildung erhalten, und in engem Zuſammenhang mit dem geltenden inquiſitoriſchen, ſchriftlichen und heimlichen Verfahren iſt ſie heut zu Tage in Deutſchland in alltäglicher Uebung. Die Doktrin behandelt die J.E. als ein gültiges Inſtitut, und ſelbſt die Schriftſteller, welche gegen ſie auftreten, erkennen ihren rechtlichen Beſtand, geſtüzt auf den Gerichtsbrauch mehrerer Jahrhunderte an. Nur Scholz a. a. O. §. 13, 14 ſucht darzuthun, daß der Richter nicht gebunden ſei, die J.E. anzuwenden. Es ſtimmen auch die ſämmtlichen Strafrechtslehrer überein in Aufſtellung der Grundſäze über den Eintritt der J.E. Grolmann [1]) lehrt, Freiſprechung müſſe eintreten bei einem voll erbrachten Beweiſe der Unſchuld, aber auch alsdann, wenn, ohne vollſtändigen Beweis der Unſchuld, nur aller Beweis durch kollidirenden Gegenbeweis vernichtet iſt. Die J.E. aber ſei die Folge des Zweifels über die Schuld; ſie trete ein, wenn bei mangelndem Gegenbeweis, oder nach Abzug des Gegenbeweiſes von dem Beweiſe, noch Indizien gegen den Angeſchuldigten übrig bleiben; ferner, wenn bei vollſtändigem Beweiſe nur unvollſtändige jedoch nicht ganz unbedeutende Beweiſe der Einreden vorhanden ſind. Feuerbach [2]) ſagt: J.E. finde Anwendung, wenn

---

S. 142. vergl. über die enge Verbindung beider ſchon zu Clarus Zeiten oben §. 8, N. 2.

1) Kriminalrechtswiſſenſchaft §. 514.

2) Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 616.

zwar der vollſtändige Beweis der Schuld nicht vorhanden, jedoch ſo ſtarke rechtlich begründete Verdachtsgründe vorliegen, daß die Vermuthung der Unſchuld durch die Wahrſcheinlichkeit der Schuld geſchwächt ſei. Sie vertrete heut zu Tage nicht nur die Stelle der Tortur, ſondern auch meiſtentheils des Reinigungseids. J.E. tritt ein nach Bolley: bei vorhandenen Indizien für die Schuld, und bei wahrſcheinlich gemachten Gründen, welche die Strafe ausſchließen [3]; Salchow: bei über die Schuld obwaltendem Zweifel [4]; Tittmann: in Mangel mehreren oder hinlänglichen Verdachts; nach ihm erklärt dieſes Urtheil, welches nur von der angeſtellten Unterſuchung befreit, daß nur vor der Hand wider den Verdächtigen nichts vorgenommen werden könne, und ſezt das Verfahren wider den Angeſchuldigten nur ſo lange aus, bis ſich entweder mehrere Anzeigen ergeben oder die vorhandenen beſſer bewieſen worden ſind. [5]) Uebereinſtimmend hiemit erklären ſich: Bauer, Martin, Henke. [6]) Ebenſo gilt bei allen Schriftſtellern als Hauptfolge der J.E. immer noch die Möglichkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung [7]), woran ſich die übrigen rechtlichen Nachtheile ſchließen.

Während ſo die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis die J.E. als ein gültiges Inſtitut anſieht [8]), hat dieſelbe geſezliche Anerkennung auch in neueren Prozeßgeſezgebungen ausdrücklich erhalten. Nach dem öſtreichiſchen Geſezbuch über Verbrechen und ſchwere Polizeiübertretungen (1803) iſt bei Mangel eines rechtlichen Beweiſes, jedoch vorhandenen Gründen der Wahrſcheinlichkeit, das Urtheil dahin abzufaſſen: die Unterſuchung werde aus Abgang rechtlicher Beweiſe für aufgehoben erklärt, I, §. 428; II, §. 386. Hiezu bemerkt Jenull [9]): da nach öſtreichiſchem Recht (§. 474) auch der für ſchuldlos Erklärte ſtets aufs Neue wegen deſſelben Verbrechens in Unterſuchung gezogen werden könne, möchte man verſucht ſein, die J.E., welche gemeinrechtlich dieſe Wirkung habe, für überflüſſig zu erklären; allein man dürfe den

---

3) Verfahren in Straſſachen §. 70.
4) Peinliches Recht §. 648.
5) Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 896.
6) Bauer §. 193. Martin §. 149. Henke IV, §. 114.
7) Feuerbach §. 617. Grolmann a. a. O. u. ſ. w.
8) Mittermaier II, S. 406.
9) öſtr. Kriminalrecht IV, §. 428.

Digitized by Google

wahrſcheinlich Schuldigen nicht für ſchuldlos erklären, und deßhalb habe der Richter ein non liquet.

Die preußiſche Kriminalordnung (1805), welche zwar den Reinigungseid abgeſchafft hat (§. 392), aber außerdentliche Strafen bei Mangel des vollen rechtlichen Beweiſes zuläßt (§. 391, 407, 408), ſanktionirt gleichfalls die J.E. als eine vorläufige Losſprechung, und zwar mit dem Ausdruck: Losſprechung von der Inſtanz (§. 410, 412).

Das bairiſche Strafgeſezbuch (1813) ſtellt der Verurtheilung 3 Arten von Erkenntniſſen gegenüber: das Unſchuldserkenntniß, „daß der Angeſchuldigte vollkommen für unſchuldig erklärt werde" (II, Art. 353), bei vollem Beweis, daß der Angeſchuldigte das Verbrechen nicht begangen hat, nicht hat begehen können, oder bei einer voll erwieſenen Einrede; Losſprechung, „daß der Angeſchuldigte nicht als ſchuldig befunden worden, derſelbe daher von der Strafe freigeſprochen werde," (354) bei aufgehobenen oder geſchwächten Verdachtsgründen, bei wahrſcheinlich gemachter Einrede; Entlaſſung von der Inſtanz, „daß die Unterſuchung wegen mangelnden Beweiſes einzuſtellen ſei" (356), wenn die Verdachtsgründe zur Verurtheilung nicht hinreichen, und ihnen kein oder kein genügender Vertheidigungsbeweis entgegenſteht.

In Würtemberg beſtand vor der neueſten Geſezgebung die J.E. des gemeinen Rechts.[10]) Der Entwurf einer Str.Pr.O. vom Jahre 1820 (Verfaſſer: Präſ. Weber) hält ſich in den Art. 380, 381, 383 vollſtändig an das bairiſche Geſezbuch. Uebereinſtimmend enthalten die Entwürfe von 1828[11]) in Art. 304, von 1830[12]) in Art. 317, und der revidirte Entwurf vom Dezember 1839[13]) in Art. 324 blos noch den Unterſchied von Freiſprechung und J.E. und geben als Vorausſezungen der J.E. die Worte des bairiſchen Geſezbuchs Art. 356. Die ſtändiſche Kommiſſion (vergl. die Verhandlungen unten §. 24) wollte vorläufige Freiſprechung, wenn der Beweis nicht zur Verurtheilung hinreicht, aber ein ſo hoher Grad von Verdacht vorliegt, daß er dem vollen Beweiſe ſehr nahe kommt, und für jezt von Fort-

---

10) Bolley a. a. O. Hofacker, würt. Strafprozeß §. 228.

11) gedruckt Stuttgart und Tübingen 1828.

12) Verhandl. der Kammer d. Abg. v. 1830. 2tes Beilagenheft.

13) gedruckt Stuttg. 1840.

ſezung des Verfahrens keine weitere Aufklärung zu erwarten iſt. Die Str.Pr.O. von 1843 läßt J.E. eintreten (Art. 356), wenn die Beweismittel für die Schuld nahezu zu Verurtheilung hinreichend ſind, und ſich von der Fortſezung des Verfahrens keine weitere Aufklärung erwarten läßt, oder wenn bei vorliegendem Beweiſe eine die Strafbarkeit aufhebende Thatſache, jedoch nicht in höherem Grade, wahrſcheinlich gemacht iſt.

Das hannöverſche Geſez über das gerichtliche Verfahren in Kriminalſachen (1840) erwähnt in Art. 46 die Entbindung von der Inſtanz.

Das badiſche Strafedikt (1803) unterſchied in §. 18: Schuldloserklärung, Strafloserklärung (bei geſezlichen Entſchuldigungsgründen), Klagfreierklärung (bei Mangel an Beweis), Klagfrei- und Verdachtloserklärung. Die neueſte badiſche Geſezgebung aber iſt nunmehr die einzige Deutſchlands, welche keine Losſprechung von der Inſtanz mehr zuläßt. Schon der Regierungsentwurf der Strafprozeßordnung hob den früheren Unterſchied der freiſprechenden Urtheile auf, und die Motive zu Tit. XVIII bemerken zu deſſen Rechtfertigung, daß in den Fällen, in welchen auf mündliche Verhandlung hin eine Freiſprechung erfolgt, das Auffinden neuer Beweiſe, und die Möglichkeit, dießfalls den Klagfreierklärten von Neuem vor Gericht zu ſtellen, ſich nicht wohl mehr gedenken laſſe; es fehle jeder Grund, bei mangelndem Beweis den Angeſchuldigten als verdächtig zu bezeichnen und ſeine Ehre mit einem Makel zu behaften. Der Kommiſſionsbericht zu Tit. XVIII, erſtattet von dem Abgeordneten Hecker, erkennt die Richtigkeit der Beſtimmung des Entwurfs an, die zweite Kammer nahm den betreffenden §. unverändert an [14]), und es lautet jezt gleichlautend mit Art. 225 des Entwurfs der Art. 244 der Strafprozeßordnung: „Wird keine Strafe erkannt, ſei es, weil der Thatbeſtand nicht hergeſtellt, oder die That nicht mit Strafe bedroht, oder der Angeklagte nicht überwieſen, oder wegen mangelnder Zurechnung oder geſezlicher Entſchuldigung ſtraflos befunden iſt, ſo muß das Urtheil immer dahin lauten: daß der Angeklagte von der Anklage freigeſprochen werde."

Vergleichen wir ſchließlich noch mit den verſchiedenen Formen

---

14) Badiſche Landtagszeitung 1843 — 45, Nr. 128.

Digitized by Google

der Urtheile im deutſchen Strafprozeß das engliſche und franzöſiſche Recht. Die engliſche Jury ſpricht blos: „ſchuldig“ oder „nicht ſchuldig;“ [15]) die franzöſiſche: „Non l'accusé n'est pas coupable,“ und „oui, l'accusé est coupable,“ [16]) und wenn neben der Freiſprechung durch die Geſchworenen „acquittement,“ eine „absolution“ ſteht, Art. 364, ſo iſt dieß keine abs. ab instantia, ſondern ſie wird vom Richter erkannt, „si le fait dont il est déclaré (durch die Jury) coupable n'est pas défendu par une loi pénale.“

§. 14.

Rechtliche Natur der Inſtanzentbindung.

Geſtüzt auf den geſchichtlichen Gang der Ausbildung unſeres Inſtituts ſind nunmehr die rechtliche Natur der J.E., die Bedingungen des Eintritts und die Folgen des Ausſpruchs derſelben zu betrachten.

Was iſt die J.E.? zu welchen Arten von Urtheilen gehört ſie? iſt ſie ein Zwiſchen- oder Enderkenntniß? Auch hier finden ſich verſchiedene Anſichten. Zachariä [1]) erklärt ſie für gar kein Urtheil, ſie perpetuire den Stand der Anſchuldigung und ſei ſomit kein Enderkenntniß; ſie ſpreche nicht wirklich los, ſondern verurtheile zu lebenslänglicher Unterſuchung. [2]) Im Gegentheile iſt ſie nach Bauer [3]) die Erklärung, daß der Beſchuldigte aus dem Anſchuldigungsſtande entlaſſen werde; ein Zwiſchenurtheil entſprechend der Verſezung in den Anſchuldigungsſtand. Ein Zwiſchenurtheil finden in ihr auch Henke (§. 114), Martin (§. 143), Stübel (§. 3099) und Müller a. a. O. Feuerbach (§. 615) nennt ſie ein unvollkommenes Endurtheil, Kleinſchrod (§. 2) eine widerrufliche und bedingte Losſprechung, womit Bauer (im Lehrbuch des Strafprozeſſes §. 193) übereinſtimmte; nach Meiſter (§. 436) iſt ſie eine interimistica absolutio pro praesenti statu causae, und ihm ſchließt ſich Oppermann (§. 1) an.

15) Rüttimann, die engliſche Strafrechtspflege. Zürich 1837. S. 98.
16) Code d'instruction criminelle, art. 345.
1) im Archiv a. a. O. S. 387.
2) vergl. Müller in Jagemann S. 19. Emmerling a. a. O. S. 30.
3) Abhandlungen II, S. 304.

Digitized by Google

Der Streit um eine Definition, um Zuzählung zu der einen oder andern Art von Urtheilen kann blos dann ein fruchtbarer ſein, wenn ſich aus ſeiner Entſcheidung rechtliche Folgen ergeben. Allein troz des Widerſpruchs in der vorangeſtellten Definition ſind hinſichtlich der einmal in der heutigen Praxis der J.E. anklebenden Folgen die Schriftſteller keineswegs ſo verſchiedener Anſicht, als ihr Streit hinſichtlich jener vermuthen ließe. Ohnedieß kann man bei einem Inſtitute, das ſich rein hiſtoriſch nach und nach gebildet hat, nicht einen Begriff wie Bauer, oder eine Idee der J.E. wie Kleinſchrod, an die Spize ſtellen, und daraus dann die rechtliche Natur ableiten, ſondern man hat es hiſtoriſch zu betrachten. Der Einzige der genannten Schriftſteller, der unmittelbar aus ſeiner Definition einen praktiſchen Schluß zieht, freilich auch zum Zweck eines einzelnen Falls, iſt Emmerling (vergl. hierüber unten §. 22).

Betrachten wir zu Beurtheilung auch dieſer Frage den Urſprung der J.E. Bei Clarus iſt ſie nichts anderes als eine Freiſprechung blos mit dem Zuſaz, daß jederzeit eine Wiederaufnahme der Unterſuchung zuläſſig ſei. Sie iſt hier ein Enderkenntniß in der geführten Unterſuchung, welchem aber die Bedingung beigefügt iſt, daß die exceptio rei judicatae nicht ſtattfinde. Dieſen Karakter hat die J.E. freilich nicht durchaus beibehalten, und die jezt im Gefolge von ihr eintretenden Nachtheile haben die beiden entgegengeſezten Anſichten hervorgerufen, ſie ſei eine Perpetuirung, und — eine Aufhebung des Anſchuldigungsſtandes. Faktiſch iſt ſie freilich das erſte; rechtlich das zweite deßhalb nicht, weil die Aufhebung des Anſchuldigunbsſtandes doch nicht ſolche Folgen nach ſich ziehen kann, welche nur einem Erkenntniſſe zuſtehen. Die Entlaſſung aus der Haft, Einſtellung des Verfahrens u. ſ. w. würden freilich auch durch eine bloſe Aufhebung des Anſchuldigungsſtandes herbeigeführt; aber Kautionen, Konfination u. ſ. w. erheiſchen einen wirklichen Spruch. Bauer ſagt, dieſe Nachtheile folgen nicht aus dem Begriff der J.E. als Aufhebung der Anſchuldigung, und er würde die J.E. von derſelben reinigen. Aber richtiger dürfte der Saz ſein: Wir haben die J.E. nicht anders als mit dieſen Nachtheilen, ſie iſt deßhalb auch nicht blos eine Aufhebung des Anſchuldigungsſtandes. An die Verſezung in den Anſchuldigungsſtand wegen ſchwerer Verbrechen, wegen ſolcher, für welche das Geſezbuch eine infamirende Strafe droht, iſt z. B. durch Verfaſſungs-

Digitized by Google

urkunden Wahlunfähigkeit gebunden, die J.E. als Aufhebung des Anſchuldigungsſtandes müßte alſo dieſe Folge der Verſezung auch mit aufheben; allein im Gegentheile bleiben dieſe Folgen auch bei der Inſtanzentbindung. [4])

Richtiger iſt ſomit die J.E. zu den Endurtheilen zu zählen, und nicht nur führen eine Reihe von Schriftſtellern ſie als ein unvollkommenes oder bedingtes Endurtheil auf [5]), ſondern es ſind auch die Geſeze, welche ſie ſtets mit Verurtheilung und vollkommener Freiſprechung zuſammen als Endurtheil in einer Unterſuchungsſache aufzuſtellen. [6]) Zachariä zwar meint, ein bedingtes *Schlußerkenntniß* ſei ein Widerſpruch, allein die J.E. wird richtiger als eine bedingte oder unvollkommene *Losſprechung* bezeichnet; ein Schlußerkenntniß iſt vorhanden, die vorgelegene Unterſuchung findet mit der J.E. ihren wirklichen Schluß, woran, ſo wenig als bei der Freiſprechung, der Umſtand etwas ändert, daß bei beiden unter Umſtänden ſpäter eine Wiederaufnahme möglich iſt. So wie die Beweiſe ſtehen, ſpricht der Richter keine Strafe aus, mit ſeinem Spruch treten aber des nicht getilgten Verdachts wegen die geſezlichen Folgen von ſelbſt ein, und an ſein Urtheil knüpft der Richter die Bedingung, bei ſpäterem Beweis daſſelbe wieder zurücknehmen zu können. Die J.E. iſt ein Endurtheil, eine Freiſprechung bei dem obwaltenden Stande der Beweiſe (rebus stantibus, prout stant), ſie iſt *das richterliche Urtheil, welches den Angeſchuldigten von einer Strafe frei ſpricht, den vorhandenen Verdacht für nicht getilgt und ſpäterer Unterſuchung jederzeit vorbehalten erklärt, gegen den verdächtig Gebliebenen aber geſezliche Nachtheile ausſpricht.*

§. 15.

Bedingungen des Eintritts der Inſtanzentbindung.

Nunmehr wären die Vorausſezungen der J.E., die *Bedingungen ihres Eintritts* zu erörtern.

---

4) z. B. würt. B.U. §. 135. Str.Pr.O. Art. 87.

5) Meiſter, Feuerbach, Bauer (im Lehrb. des Prozeſſes), Hofacker, Oppermann u. ſ. w.

6) z. B. preuß., bair., würt. Pr.O. a. a. O.

Es wurde oben (§. 7 ff.) gezeigt, daß früher beſonders häufig J.E. eintrat, wenn ein Verdächtiger auf die Folter gebracht wurde, aber kein Geſtändniß erfolgte. Die Tortur iſt in Deutſchland jezt allgemein aufgehoben; der angegebene Fall, auf J.E. zu erkennen, iſt ſomit gänzlich weggefallen. Kleinſchrod [1]) läßt J.E. eintreten in einer ganzen Reihe von Fällen, nämlich bei: Inkompetenz des Richters, Auslieferung des Angeſchuldigten, Prävention, dilatoriſchen Einreden u. ſ. w. Die Verfügung, welche in ſolchen Fällen der Richter trifft, iſt aber nach §. 14 keine J.E. Leztere tritt im heutigen Prozeß blos in Einem Falle ein: bei Mangel an Beweis.

Um auf J.E. zu erkennen, ſind die Vorausſezungen: 1) die Unterſuchung muß geſchloſſen ſein, 2) es darf weder zur Verurtheilung noch zur Freiſprechung genügender Grund vorliegen, es muß durch die Unterſuchung ein Verdacht gegen den Angeſchuldigten an den Tag gebracht worden ſein, welcher nicht getilgt wurde, obgleich er andererſeits zur Verurtheilung nicht hinreichte. Beide Punkte ſind näher zu betrachten.

Das Erforderniß, daß die Unterſuchung geſchloſſen ſein müſſe, hat zu der Kontroverſe geführt, ob J.E. ſchon am Schluſſe der General- oder erſt nach geführter Spezialunterſuchung könne erkannt werden. Hiemit hängt auch die Frage zuſammen, ob es eine ſtillſchweigende J.E. gebe, was zu einer Vergleichung der J.E. mit dem Einſtellen oder Abbrechen einer Unterſuchung führt.

Die Lehre von der Trennung der General- und Spezialunterſuchung, der ſchon Julius Clarus und Carpzow ihre beſondere Aufmerkſamkeit gewidmet haben, hat im Laufe der Jahrhunderte die vielfachſten Aenderungen erlitten. Bekanntlich ließ man, um die mit der inquisitio specialis verbundenen Nachtheile, beſonders für die Ehre des Angeſchuldigten, zu vermeiden, zuerſt bei leichteren Vergehen eine Verurtheilung ſchon auf die generalis inquisitio hin zu; bald aber trat auch bei ſchweren Verbrechen an die Stelle der früheren artikulirten Verhöre eine Vernehmung des Angeſchuldigten, die summaria, und dieſe wurde zur Generalunterſuchung gezählt. Die Spezialunterſuchung hatte ihre eigentliche Bedeutung dadurch verloren, und wie Verurtheilung, ſo konnte natürlich auch J.E. ſchon auf den Grund

1) Abhandl. §. 8—14.

Digitized by Google

der generalis inquisitio erfolgen. Böhmer, Meiſter, Kleinſchrod u. A. laſſen ſie demgemäß auch zu. Allein die neuere Doktrin und Praxis hat eingeſehen, daß die summaria in Wirklichkeit ein Beſtandtheil der spec. inquis. iſt, und im Geiſte unſeres heutigen Prozeſſes iſt die Vorausſezung der vollſtändig beendigten Unterſuchung, um J.E. einzutreten zu laſſen, dahin zu beſtimmen, daß, wie der Verurtheilung und Freiſprechung, ſo auch ihr Spezialunterſuchung vorausgegangen ſein müſſe. Hiemit ſtimmt beſonders Bauer [2]) überein; denn da nach ihm (vergl. §. 14) die J.E. eine Aufhebung des Anſchuldigungsſtandes iſt, ſo muß folgerichtig derſelben eine Verſezung in den Anſchuldigungsſtand und eine Spezialunterſuchung vorangehen.

Was weiter das Verhältniß der abs. ab instantia zur dimissio reorum sine sententia betrifft, ſo hat ſchon Bossius (S. 19) den Zuſammenhang beider erwähnt, und in Schneidmanns diss. de dimissione reorum sine sententia (S. 37) iſt die J.E. als „affinis" mit der dimissio bezeichnet. Harpprecht, Meiſter, Kleinſchrod unterſcheiden eine ausdrückliche und ſtillſchweigende J.E., welch' leztere eben die dimissio sine sententia ſei. [3]) Die Folgen beider ſind nach dieſen Schriftſtellern dieſelben. Allein auch dieſe ſtillſchweigende J.E. iſt dem Geiſte des jezigen Strafprozeſſes fremd geworden. [4]) Wohl zu unterſcheiden von J.E. iſt die Einſtellung des Vorfahrens. Den Fall abgerechnet, daß die Vorunterſuchung eingeſtellt wurde, weil durch ſie erwieſen iſt, daß gar kein Verbrechen vorliegt, beſteht zwiſchen beiden zwar die Aehnlichkeit, daß wegen Mangels an genügendem Beweis die weitere Aufklärung der Sache einſtweilen ſuſpendirt bleibt, und demgemäß iſt bei beiden Wiederaufnahme der Unterſuchung bei neu ſich ergebendem Verdacht zuläſſig. Aber die ſonſtigen nachtheiligen Folgen, welche des nicht getilgten Verdachts wegen den von der Inſtanz Entbundenen treffen, ſind auf denjenigen nicht auszudehnen, welcher in eine Vorunterſuchung verwickelt war, die aus Mangel rechtlichen Beweiſes eingeſtellt worden iſt. Denn hier ſind die etwaigen Verdachtsgründe ja nicht einmal ſo ſtark, um eine Verſezung in den

---

2) Abhandlungen a. a. O. S. 310.

3) Meiſter, princ. §. 436.

4) Bauer, Abhandl. S. 311. Prozeß §. 193. N. d. Hofacker, §. 228. N. 29. Würt. Pr.O. Art. 340.

Anſchuldigungsſtand durch ſie rechtfertigen zu können. Dieß ſind denn auch die Grundſäze neuerer Legislationen; z. B. die würtembergiſche Pr.O. beſtimmt in Art. 76: es ſolle, wenn durch die Voruntersuchung zu der Verſezung in den Anſchuldigungsſtand genügende Verdachtsgründe gegen eine Perſon nicht erhoben worden, und nach Lage der Sache auch nicht von neuen Nachforſchungen zu erwarten ſind, die Einſtellung der Unterſuchung beſchloſſen werden; in Art. 410 läßt ſie, wenn eine Voruntersuchung eingeſtellt wurde, bei neuen Verdachtsgründen, ſofern keine Verjährung im Wege ſteht, ſtets Wiederaufnahme zu. Die badiſche Pr.O., welche keine J.C. kennt, enthält über das Einſtellen einer Unterſuchung folgende Beſtimmungen: Der Unterſuchungsrichter kann mit Zuſtimmung des Staatsanwalts das Verfahren einſtellen, was auf Antrag des Lezteren ſtets zu geſchehen hat, wofern nicht etwa ſchon eine beſtimmte Perſon als Angeſchuldigter vernommen wurde, oder der Beſchädigte ſich dem eingeleiteten Verfahren angeſchloſſen hat, in welchen Fällen bei Meinungsverſchiedenheit des Unterſuchungsrichters das Bezirksſtrafgericht entſcheidet, was ſtets auch dann ſtattfindet, wenn der Unterſuchungsrichter einſtellen will, der Staatsanwalt aber entgegengeſezter Anſicht iſt (§. 62). Wurde aber die Unterſuchung geführt, und es ergibt ſich, daß die That durch kein Strafgeſez verboten iſt, oder der Beweis nicht rechtsgenügend (§. 249—269) erbracht iſt, oder Strafloſigkeit begründende Thatſachen vorhanden ſind, ſo ordnet das Bezirksſtrafgericht keine Tagfahrt zur Schlußverhandlung an, und faßt in den zur Kompetenz der Hofgerichte gehörigen Fällen keinen Beſchluß auf Verſezung in den Anklageſtand, ſondern ſpricht aus, es ſei kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden (§. 206, 207). Der §. 301 aber lautet: In Fällen, wo das Verfahren nach §. 62 eingeſtellt wurde, oder wo das Gericht nach Vorſchrift des §. 206 wegen Mangels an Beweis ausgeſprochen hat, daß eine weitere gerichtliche Verfolgung nicht ſtattfinden ſoll, kann das Verfahren ſpäter auf Antrag des Staatsanwalts wieder aufgenommen werden, wenn neue unmittelbare Beweismittel zur Kenntniß des Richters kommen, oder ſolche neue Beweismittel, welche dringende Anzeigungen in rechtliche Gewißheit zu ſezen geeignet ſind.

Beſonders dieſe Beſtimmungen der badiſchen Pr.O. bieten zur Vergleichung mit der J.C. Stoff dar.

Digitized by Google

Wenn nach dem Bisherigen der Schluß der Unterſuchung erfordert wird, um auf J.E. zu erkennen, ſo iſt nun im folgenden das zweite Erforderniß zu betrachten, nämlich das Vorhandenſein eines Verdachts, welcher zwar nicht zur Verurtheilung ausreicht, aber auch nicht ganz getilgt iſt. Dieſes Requiſit läßt ſich im Allgemeinen dahin beſtimmen, daß hohe Wahrſcheinlichkeit, dringender Verdacht erforderlich iſt [5]); genauer ergeben ſich aber zwei Fälle: es iſt der Beweis gegen den Angeſchuldigten bis zur Wahrſcheinlichkeit erbracht; und: es ſteht einem voll erwieſenen Anſchuldigungsbeweis ein wahrſcheinlich gemachter Vertheidigungsbeweis, eine die Strafbarkeit aufhebende wahrſcheinlich gemachte Thatſache, eine halb erwieſene Einrede gegenüber. [6]) Hiemit ſtimmen auch neuere Geſeze überein. [7]) Die würtembergiſche Pr.O. Art. 356 verlangt nahezu zur Verurtheilung hinreichende Beweiſe der Schuld, und im zweiten Fall eine jedoch nicht in höherem Grade wahrſcheinlich gemachte, die Strafbarkeit aufhebende Thatſache.

Häufig iſt in der Praxis die J.E. hinſichtlich eines angezeigten ſchwereren Verbrechens und Verurtheilung wegen des in jenem enthaltenen leichteren, z. B. J.E. wegen Mords und Verurtheilung wegen Todtſchlags, ſo Raub und Diebſtahl, Nothzucht und Unzucht u. ſ. w., oder bei mehreren Arten eines und deſſelben Verbrechens, z. B. ein Dieb wird in Betreff der Auszeichnung ſeines Diebſtahls von der Inſtanz entbunden und wegen einfachen Diebſtahls verurtheilt. Mittermaier [8]) erklärt ſich der ſtatthabenden Inkonvenienzen wegen gegen dieſe Praxis, und ebenſo gegen den Brauch, einen Angeſchuldigten wegen Zweifels an der Zurechnungsfähigkeit blos von der Inſtanz zu entbinden.

Schließlich iſt zu bemerken, daß wo, wie in Preußen, noch außerordentliche Strafen geſezlich ſind, oder wo der Reinigungseid in Uebung iſt, dieſe häufig die Stelle der J.E. einnehmen.

---

5) Mittermaier, Beweis S. 475.
6) Bauer, Prozeß §. 193. Opperman §. 24, 25. Henke S. 733.
7) preuß. §. 409, bair. Art. 356.
8) Beweis S. 476.

Digitized by Google

§. 16.

Folgen; Inſtanzentbindung und Wiederaufnahme der Unterſuchung.

Gehen wir zu den Folgen des inſtanzentbindenden Urtheils über, ſo iſt zunächſt und hauptſächlich das Verhältniß der J.E. zur Wiederaufnahme der Unterſuchung zu betrachten. Die Möglichkeit, die leztere vorzunehmen, war ja der Entſtehungsgrund der J.E. Im römiſchen Recht und lange im Mittelalter wurde durch eine Freiſprechung eine exceptio rei judicatae gegen die Wiederaufnahme gewonnen. [1]) Allein ſchon *Carpzow* iſt es, welcher an der rei judicatae exceptio freiſprechender Urtheile rüttelt, und ihr ſeine Anſicht entgegenſtellt. [2]) Indeſſen blieb die exceptio wirkſam bis auf die neuere Zeit, wo Doktrin und Geſezgebung ein anderes Recht ſanktionirten.

Wenn noch Quiſtorp [3]) der vollſtändigen Abſolution unbedingte Rechtskraft zuſchreibt, und Feuerbach [4]) und Stübel [5]) durch die Freiſprechung alle Gründe der Anſchuldigung für immer getilgt werden laſſen, ſo daß ſelbſt auf den Grund neuer Anzeigen eine Wiederaufnahme des Prozeſſes nicht ſtattfindet, ſo läßt dagegen die neuere Doktrin und Geſezgebung auch gegen freiſprechende Urtheile unter Umſtänden eine amtliche Wiederaufnahme zu. Immer aber iſt die leztere bei bloſer J.E. leichter. Bolley [6]) ſagt, die Frage ſei beſtritten, Tittmann [7]) hält die Anſicht von der Rechtskraft freiſprechender Urtheile für nicht haltbar. Nach Hofacker [8]) erfolgt auf Antrag des Anklägers oder „von Staats- und Amts wegen“ ob noviter reperta eine Wiederaufnahme der Unterſuchung. Bauer [9])

1) Hepp a. a. O. §. 21.
2) vergl. oben §. 10.
3) a. a. O. §. 775.
4) §. 617.
5) Kriminalverfahren §. 3222.
6) a. a. O. §. 70.
7) a. a. O. 904.
8) a. a. O. §. 237. Anm.
9) Prozeß §. 208.

Digitized by Google

vindizirt dem Staat im Intereſſe der Gerechtigkeit bei neuen Thatſachen oder Beweiſen, welche für ſich allein zu einer Verurtheilung reichen, ſofern nicht Verjährung eingetreten iſt, den Gebrauch der Wiederaufnahme. Martin [10]) ſagt: die Grundſäze von der Rechtskraft ſeien im peinlichen Verfahren unanwendbar. Mittermaier [11]) erklärt ſich im Intereſſe des Losgeſprochenen gegen die amtliche Wiederaufnahme; Henke [12]) läßt ſie blos zu bei erwieſener Falſchheit der der Freiſprechung zur Grundlage dienenden Beweiſe; und Grolmann unterſcheidet die Wiederaufnahme der Unterſuchung bei freiſprechenden und von der Inſtanz entbindenden Urtheilen in der Weiſe, daß bei den lezteren bei Auffindung neuer Verdachtsgründe der Prozeß als fortgeſezter betrieben werden kann, während dort auf neu aufgefundene Beweiſe hin eine neue Unterſuchung mit der rechtlichen Möglichkeit eintreten kann, daß das losſprechende Urtheil durch das blos auf dieſe neue Beweisführungen gegründete Urtheil aufgehoben werden kann. [13])

Die Doktrin iſt ſonach keineswegs einig; doch iſt anerkannt, daß die Rechtskraft der freiſprechenden Urtheile im Sinne des römiſchen Rechts nicht mehr beſteht. Geleitet von dem im Inquiſitionsprozeß als Grundprinzip an die Spize geſtellten Grundſaz des Strebens nach materieller Wahrheit haben die Schriftſteller die verſchiedenen Beſchränkungen der Rechtskraft des freiſprechenden Urtheils aufgeſtellt, und die Meiſten laſſen amtliche Wiederaufnahme der Unterſuchung bei vorhergegangener Freiſprechung wenigſtens dann zu, wenn die neu entdeckten Beweiſe für ſich allein zur Verurtheilung hinreichen, oder jezt erſt Falſchheit von Thatſachen der früheren Unterſuchung zu Tag kommt, während bei J.E. eine Verbindung der früheren und ſpäteren Beweiſe zuläſſig iſt.

Was die neueren Legislationen betrifft, ſo läßt das öſtreichiſche Geſezbuch, ſofern keine Verjährung im Wege ſteht (§. 471) gegen eine Schuldloserklärung bei neuen Beweiſen, woraus ſich mit Grund die Verurtheilung erwarten läßt, nach vorheriger Anzeige an das

---

10) Prozeß §. 56.
11) Strafverfahren §. 205.
12) B. IV, S. 734.
13) Kriminalrechtswiſſenſchaft §. 514, 518.

Digitized by Google

Obergericht und Entſcheidung deſſelben Wiederaufnahme zu (§. 474), ebenſo auch wegen neu hervorkommender Erſchwerungsgründe (§. 475), wenn eine höhere Strafe dadurch begründet wird. [14])

Im preußiſchen Recht kann bei vorläufiger Losſprechung (J.E.) die Unterſuchung jederzeit bei erheblichen Umſtänden oder Beweiſen aufgenommen werden (§. 411), dagegen bewirkt völlige Freiſprechung Befreiung von der Unterſuchung wegen deſſelben Verbrechens, jedoch nur, ſofern ſie auf den vollen Beweis der Unſchuld gegründet iſt; beruht ſie auf Mangel an Beweis, ſo findet eine Erneuerung derſelben Statt, wenn dazu eine neue rechtlich begründete Veranlaſſung vorhanden iſt (§. 414).

Das bairiſche Strafgeſez hat für die Wiederaufnahme der Unterſuchung, hinſichtlich der drei ihm bekannten Losſprechungen, beſondere Beſtimmungen. Es findet Wiederaufnahme Statt: 1) bei Unſchuldserkenntniſſen blos durch Beweis der Falſchheit derjenigen Beweismittel, auf welche die Unſchuld erkannt worden iſt (II, Art. 387); 2) bei der Losſprechung ſind, abgeſehen von dem auch hier giltigen Fall unter Nr. 1, wieder zwei Fälle unterſchieden: wenn nämlich ein Verdacht vorlag, ſo kann dieſer mit neuen Indizien verbunden zur Einſchreitung führen, anderntheils wenn kein Verdacht übrig geblieben war, ſo müſſen die neuen Indizien für ſich allein zu einem Straferkenntniß ausreichen, wenn Wiederaufnahme ſtattfinden ſoll (Art. 388). Bei beiden Losſprechungen: 1) und 2) iſt zudem Zuſtimmung des Obergerichts und Nichtablauf der Verjährung erforderlich (Art. 389). 3) Bei J.E. dagegen iſt Wiederaufnahme ohne dieſe Zuſtimmung und überall zuläſſig, wo ſich aus der Verbindung der alten mit den neuen Beweiſen die Hoffnung einer Ueberführung übergibt (Art. 395).

Das hannövriſche Geſez (§. 47) forbert bei völliger Freiſprechung neue für ſich zureichende Beweiſe oder erwieſene Falſchheit der der Freiſprechung zu Grunde gelegenen Beweismittel.

Die badiſche Pr.O., welche keine J.E. kennt, geſtattet gegen freiſprechende Urtheile blos in drei Fällen, und zwar nur auf Antrag des Staatsanwalts amtliche Wiederaufnahme: wenn durch gerichtliches Strafurtheil hergeſtellt iſt, daß die Freiſprechung durch Fälſchung, falſches Zeugniß, Beſtechung oder durch eine andere ſtrafbare Handlung

14) vergl. Jenull IV, S. 353.

Digitized by Google

herbeigeführt wurde; wenn der Freigeſprochene ſpäter ſelbſt gerichtlich oder außergerichtlich ein Geſtändniß des Verbrechens abgelegt hat; wenn in der Folge andere Perſonen wegen des nämlichen Verbrechens verurtheilt worden ſind, und ſich bei dieſer Gelegenheit Beweismittel ergeben haben, welche die Ueberweiſung des früher Losgeſprochenen als Mitſchuldigen zu begründen geeignet ſind (Art. 302).

Aus allen dieſen verſchiedenen Anſichten und geſezlichen Beſtimmungen hat die würtembergiſche Str.Pr.O. von 1843 die ſtrengſten Grundſäze ausgehoben, und ſtarr am inquiſitoriſchen Prinzip feſthaltend die Wiederaufnahme der Unterſuchung im ausgedehnteſten Maße geſezlich geſtattet. Ob ſie hierin mit der bisherigen würtembergiſchen Praxis übereinſtimmt, oder dieſelbe verſchärft, iſt dem Verfaſſer unbekannt. Auffallend iſt aber, daß die ſtändiſche Kommiſſion über dieſe ſo überaus wichtige Frage nichts zu bemerken hatte, indem ſie „gegen die Vorausſezungen, unter welchen nach dem Entwurfe die Unterſuchung gegen einen Freigeſprochenen wieder aufgenommen werden kann, in der Hauptſache nichts zu erinnern wußte.“ [15]). Die Pr.O. beſtimmt denn auch übereinſtimmend mit dem Entwurf, daß (ſofern nicht inzwiſchen Verjährung eingetreten iſt, Art. 411) nach erfolgtem freiſprechendem Erkenntniß gegen den Freigeſprochenen wegen derſelben Handlung, über welche geurtheilt worden, die Unterſuchung wieder aufgenommen werden kann: 1) wenn die Falſchheit der Beweismittel, auf welchen die Freiſprechung beruht, dargethan iſt; 2) wenn neue Beweismittel an den Tag kommen, welche für ſich allein oder in Verbindung mit den in der früheren Unterſuchung erhobenen hinreichend ſind, um eine Verſezung in den Anſchuldigungsſtand zu beſchließen (Art. 412). Ganz dieſelbe Beſtimmung iſt aber gegeben in Betreff der Wiederaufnahme der Unterſuchung gegen ein blos von der Inſtanz entbindendes Urtheil (Art. 414), und der einzige Unterſchied iſt — daß im erſtern Fall regelmäßig ein Beſchluß des Gerichts, welches die Freiſprechung erkannt hat, erforderlich iſt, was im Falle vorhergegangener J.E. nicht nöthig iſt (Art. 413, 414).

Wo J.E. beſteht, iſt ihre erſte Folge: die unbeſchränkte Zuläſſigkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung bei jedem ſich ergeben-

---

15) Verhandl. der Kammer d. Abg. $18^{41}/_{43}$, Bd. XIV, S. 811 ff.

Digitized by Google

den neuen Verdacht. [16] Urſprünglich war dieſe einzige Folge auch der Grund der Einführung der J.E. (§. 8), jezt iſt die exceptio rei judicatae bei freiſprechenden Urtheilen, welche im römiſchen Prozeß zu Recht beſtand, welche noch heutigen Tags in Frankreich [17]) und England gilt, gefallen, und hinſichtlich der Möglichkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung, hat ſich die Freiſprechung der J.E. ziemlich genähert; im bairiſchen und beſonders im würtembergiſchen Recht aber hat ſich der Unterſchied beider beinahe verwiſcht. [18])

§. 17.

Weitere Folgen der Inſtanzentbindung.

Die Möglichkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung iſt nicht mehr wie früher (§. 8) die einzige für den von der Inſtanz Entlaſſenen nachtheilige Folge. Zwar ſchließt auch jezt noch die J.E. als ein Erkenntniß die Unterſuchung, und befreit als eine absolutio den Verdächtigen von der Unterſuchungshaft, allein es ſind mit dem Spruch auf J.E. noch weitere bedeutende Nachtheile verbunden.

Bauer [1]) will alle dieſe nicht zu den Wirkungen der J.E. zählen, indem ſie „nicht aus der Natur des Inſtituts fließen, willkührliche Sazungen ſeien." Allein es beſteht einmal die J.E. nicht ohne ſolche Nachtheile, und wenn auch die im Folgenden aufgezählten Uebel nicht alle überall in Deutſchland gelten, ſondern theilweiſe blos durch Partikularrechte ſanktionirt ſind, ſo iſt doch nach allen Geſezgebungen wenigſtens das eine oder andere derſelben eine Folge der J.E., und ihr gewichtigſter Eingriff in die bürgerlichen Verhältniſſe, die Entziehung der bürgerlichen Wahlrechte bei J.E. wegen ſchwererer (mit infamirender Strafe bedrohten) Verbrechen, iſt durch die Verfaſſungen ſämmtlicher deutſchen Staaten, in welchen ſie beſteht, ins Leben gerufen.

Nach der Anſicht vieler Schriftſteller und geſezlich nach baieriſchem

16) Feuerbach, Bauer, Henke u. ſ. w. a. a. O. Oppermann §. 3.

17) Code d'instr. crim. §. 360: „Toute personne, acquittée légalement, ne pourra plus être reprise, ni accusée a raison du même fait."

18) vergl. über dieſen §. Müller a. a. O. S. 28 ff.

1) Abhandl. S. 316.

Digitized by Google

Recht hat der von der Inſtanz Entlaſſene **Kautionen** zu ſtellen [2]), und zwar dahin, daß er ſich dem Gerichte allezeit ſtellen oder daß er den Gerichtsbezirk nicht verlaſſen wolle [3]); dazu werden aber gewöhnlich Bürgen und Pfänder erfordert, juratoriſche Kautionen ſelten. Ehe dieſe Sicherheit geleiſtet iſt, wird in Baiern der Inquiſit der Haft nicht entlaſſen [4]); die Kaution muß mindeſtens 200 fl. betragen. [5]) Statt der eidlichen Kaution, und beſonders wo Beſorgniß zur Flucht vorhanden iſt, kann nach Kleinſchrod gelinde Haft [6]) eintreten.

Polizeiliche Aufſicht, Konfination wird nach der öſterreichiſchen, preuſſiſchen und anderen Geſetzgebungen angeordnet, wenn der von der Inſtanz Entbundene ein der öffentlichen Sicherheit gefährliches Subjekt iſt. [7]) Die polizeiliche Aufſicht tritt in Baiern ein, wenn der Verdächtige keine Kaution zu leiſten im Stande iſt [8]), oder immer bei Verdacht von ſchweren Verbrechen. [9]) Detentionen in einem öffentlichen Arbeitshaus auf eine Reihe von Jahren kennt das baieriſche, hannövriſche und altenburgiſche Recht. [10])

Die **Prozeßkoſten**, welche Harpprecht ſtets dem Entlaſſenen zuſcheidet, treffen ihn wenigſtens, wenn er den Verdacht durch ſeine Schuld veranlaßte. [11]) Einige Geſezgebungen verurtheilen ihn ſtets in die Prozeßkoſten. [12])

Iſt der Entlaſſene ein Beamter, ſo iſt nach der Beſchaffenheit des Verbrechens oder Vergehens an ſich, oder der demſelben zu Grunde liegenden Motive **Amtsentſezung** eine häufige Folge [13]), oder iſt die Adminiſtrativſtelle berechtigt, auf Grund der gerichtlich ausge-

---

2) Mittermaier, Zachariä, Ringelmann, Oppermann a. a. O.

3) Kleinſchrod §. 20, 21. bair. G.B. Art. 390.

4) bair. G.B. II, Art. 378.

5) Art. 137.

6) Kleinſchrod §. 20.

7) Bauer S. 317. Kleinſchrod §. 28. öſtr. G.B. §. 455. preuß. §. 410. gothaiſches G.B. 1836, §. 20.

8) bair. G.B. Art. 390.

9) Art. 391.

10) bair. G.B. Art. 391, 393. hannövr. Geſ. 27. Juni 1838, §. 2. hannövr. Entwurf Art. 277, 278. altenb. G.B. 1837, §. 21.

11) Kleinſchrod §. 30. würt. Pr.O. §. 441.

12) öſtr. G.B. §. 537. preuß. §. 617. bair. Art. 407.

13) Mittermaier, Scholz, Zachariä, Oppermann a. a. O.

Digitized by Google

ſprochenen J.E. Zurückſezung oder Entlaſſung zu verfügen, z. B. in Würtemberg. [14])

Die J.E. bringt für die bürgerliche Ehre und die bürgerlichen Rechte bedeutende Nachtheile mit ſich. Eine Verminderung der Ehre erklärt Bauer blos für eine faktiſche Folge, ſofern die J.E. ausſpreche, daß ein nicht unbedeutender Verdacht noch auf dem Entlaſſenen laſte, nicht für eine rechtliche Wirkung der J.E. Verfaſſungsurkunden und Geſeze ſtellen ſie jedoch als rechtliche Wirkung der J.E. auf, wenn ſie dem nicht völlig Freigeſprochenen die Wahlrechte entziehen u. ſ. w. Nach würtembergiſchen Geſezen iſt ſogar das Zeugniß des Entlaſſenen beeinträchtigt, indem es in das richterliche Ermeſſen geſtellt iſt, ob ein ſolcher, der wegen eines mit einer entehrenden Strafe bedrohten Verbrechens blos ab instantia losgeſprochen wurde, ein glaubwürdiger oder minder glaubwürdiger Zeuge ſei, oder gar keinen Glauben verdiene. [15]) Die Inſtanzentbindung greift in Preußen und Würtemberg in die gemeindebürgerlichen Rechte ein. [16]) Gegen den ſchon einmal von der Inſtanz Entbundenen finden ſchüzende Formen bei der Verhaftung nicht Statt. [17]) Die wichtigſte Folge, welche allgemein in Deutſchland die J.E. hat, iſt der Verluſt der Wahl- und Wählbarkeitsrechte. In Preußen iſt

---

14) Erl. des würt. O.Trib. 22. April 1823, Suppl.Bd. z. Reg.Bl. S. 18.

15) würt. Geſ. v. 5. Sept. 1839, §. 4. Pr.O. v. 1843, Art. 306.

16) Die revidirte Städteordnung für die preußiſche Monarchie von 1831, §. 20 beſtimmt: Die Stadtbehörden haben die Befugniß, das Bürgerrecht demjenigen zu verſagen, welcher in irgend einer Kriminaluntersuchung nur vorläufig freigeſprochen iſt. Nach dem würt. Bürgerrechtsgeſez v. 1833, Art. 19, können die Gemeinden demjenigen die Aufnahme in das Bürgerrecht verweigern, welcher wegen Diebſtahls oder Betrugs in den ſechs vorhergegangenen Jahren von der Inſtanz entbunden wurde. Bei der Berathung der Abgeordneten über die J.E. (vergl. unten §. 24) wurde dieſe Beſtimmung als Schuz für die Gemeinden bezeichnet, welche ſich anders ſchwer über das Prädikat eines Aufzunehmenden verſichern können, und von Einigen als Grund für Beibehaltung der J.E. angeführt. — Ein Eingriff der J.E. in ſoziale Verhältniſſe mag hier noch eine Stelle finden: Der §. 121 der Geſeze des Muſeums zu Eßlingen beſtimmt: Wer wegen eines nach dem Urtheil des Geſellſchaftsgerichts entehrenden Verbrechens wirklich verurtheilt oder von der Inſtanz entbunden wird, der kann ferner nicht Mitglied der Geſellſchaft ſein.

17) z. B. würt. Pr.O. Art. 154.

Digitized by Google

durch die Geſeze wegen Anordnung der Provinzialſtände für das Königreich Preußen, Großherzogthum Poſen, die Provinzen Brandenburg, Pommern, Rheinprovinz, Weſtfalen beſtimmt, daß unbeſcholtener Ruf nöthig iſt, um Mitglied der Provinzialſtände zu ſein. — Hiemit ſtimmen die Verfaſſungen von Sachſen-Weimar, Koburg, Meiningen und Altenburg überein. Der blos von der Inſtanz Entlaſſene iſt hiedurch ausgeſchloſſen. — Die baieriſche V.U. vom 26. Mai 1818, Tit. VI. §. 12, nimmt die Wahlrechte dem, der in Spezialunterſuchung wegen Verbrechen oder Vergehen ſtand, ohne gänzlich freigeſprochen worden zu ſein. — Der hannövr. Entwurf vom 15. Nov. 1831, Kap. VI. §. 27, entzieht ſie dem der wegen eines Kriminalverbrechens vor Gericht ſtand ohne von der Beſchuldigung völlig losgeſprochen zu ſein. — Die kurheſſiſche V.U. vom 5. Jan 1831, §. 67, und die königlich ſächſ. vom 4. Sept. 1831, §. 74, beſtimmen, nicht wählen und nicht gewählt werden können alle, welche wegen ſolcher Vergehen, die nach allgemeinen Begriffen für entehrend zu halten ſind, vor Gericht geſtanden haben, ohne von der Anſchuldigung völlig freigeſprochen zu ſein. Welche Vergehen für entehrend zu halten ſind, entſcheidet die Wahlverſammlung resp. die Kammer. — Die würt. V.U. vom 25. Sept. 1819, §. 135, 143, beſtimmt hinſichtlich der Ausübung der paſſiven und aktiven Wahlrechte: der zu Wählende wie der Wähler „darf weder in eine Kriminalunterſuchung verflochten noch durch gerichtliches Erkenntniß zur Dienſtentſezung, zur Feſtungsſtrafe mit Zwang zu öffentlichen Arbeiten oder angemeſſener Beſchäftigung, oder zum Zuchthaus verurtheilt worden, oder wegen eines angeſchuldigten Verbrechens blos von der Inſtanz entbunden ſein.“ Die Worte „wegen eines angeſchuldigten Verbrechens“ ſind dahin zu interpretiren: ſofern auch die Verurtheilung wegen deſſelben den Verluſt der Wahlrechte nach ſich ziehen würde; denn es kann die bloſe J.E. wegen eines Vergehens nicht von einem härteren Uebel begleitet ſein, als die Verurtheilung wegen deſſelben, es kann der bloſe Verdacht nicht unfähiger zur Landſtandſchaft machen, als die erwieſene Schuld.[18]) Dieſe Auslegung findet jezt in der Str. P.O. von 1843 und den ſtändiſchen Verhandlungen darüber eine Unterſtüzung. Zwar beſtimmt auch die P.O. nicht direkt, bei welchen Verbrechen ſchon die J.E. den Verluſt der Wahl- u. ſ. w. Rechte nach

18) Mohl, Staatsrecht 2. Aufl I. Bd. S. 561, 566. N. 7.

ſich ziehe, ſie erläutert aber die Worte der V.U.: „darf weder in eine Kriminalunterſuchung verflochten ſein.“ Der Entwurf der Pr.O. enthielt in Art 110 die Beſtimmung, daß die in der V.U. feſtgeſezte Wirkung einer Kriminaluterſuchung eintrete mit der Eröffnung des auf die Verhängung der Unterſuchung gerichteten Beſchluſſes an den Angeſchuldigten. Die ſtändiſche Kommiſſion ſchlug hiezu, „weil es nicht wohl bezweifelt werden könne, und ihres Wiſſens auch bisher von der Regierung und den Ständen angenommen worden ſei, daß nicht jede Kriminalunterſuchung die bezeichnete Wirkung des Verluſtes der Wahl- und Wählbarkeitsrechte habe, ſondern nur eine ſolche, die auf ein Verbrechen gerichtet ſei, mit deſſen geſezlicher Strafe jene Wirkung verbunden iſt“, folgenden Zuſaz vor: „Die in dem Verluſte der Wahl- und Wählbarkeitsrechte beſtehende Wirkung der Verſezung in dem Anſchuldigungsſtand findet nur bei ſolchen Verbrechen Statt, mit deren geſezlicher Strafe dieſe Wirkung verbunden iſt.“ Die Kammer war einverſtanden und die Pr.O. enthält den Zuſaz nur mit der Aenderung: „Die in der zeitlichen Entziehung der Wahlrechte u. ſ. w. [19]) Dieſe authentiſche Interpretation des §. 135 der V.U. iſt aber ganz geeignet, auch auf J.E. ihre Anwendung zu finden; denn es heißt in der V.U.: „darf nicht wegen eines angeſchuldigten Verbrechens blos von der Inſtanz entbunden ſein.“ Bei der Anſchuldigung liegt aber ein größerer Verdacht der Schuld vor, als bei der ſpäteren J.E., denn erſtere erfolgt, weil der Richter als Ergebniß der Unterſuchung die Verurtheilung erwartet. Wo alſo ſchon die Anſchuldigung jenen Verluſt der Wahlrechte nicht mit ſich zieht, da kann er um ſo weniger eine Folge der J.E. ſein. Die in der V.U. genannten Strafen, welche falls auf ſie erkannt wird, oder welche falls ſie für das Vergehen angedroht ſind, wegen deſſen eine J.E. ſtattfindet, den Verluſt der Wahlrechte nach ſich ziehen, haben nunmehr durch das Strafenſyſtem des Strafgeſezbuchs von 1839 eine Aenderung erlitten. Es iſt die frühere Kaſſation der Beamten aufgehoben, und der Verluſt der Wahlrechte trifft ſie blos, wenn ihre Dienſtentlaſſung eintrat in Folge des durch den 3. Titel des Str.G.Bs. für viele Amtsverbrechen feſtgeſezten Verluſts der bürgerlichen Ehren- und Dienſtrechte, wogegen einfache

19) Verhandl. d. Abg. $18^{41}/_{43}$, XIV, S. 36, 471, 919. II, 20. Sizung S. 58. Str.Pr.O. Art. 87.

Dienſtentlaſſung dieſe Folge nicht hat. Von den Freiheitsſtrafen ziehen Wahlunfähigkeit mit ſich: die Zuchthausſtrafe, die Arbeitshaus- und, die blos als Surrogat der lezteren beſtehende Feſtungsſtrafe; ebenſo auch J.E. wegen eines mit einer ſolchen Strafe bedrohten Verbrechens. Endlich hat das Str.G.B. eine ſelbſtſtändige Strafe eingeführt: den Verluſt der bürgerlichen Ehren- und Dienſtrechte, welche Strafe ſowie bloſe J.E. wegen eines mit derſelben bedrohten Vergehens von derſelben Folge begleitet iſt. [20]) — Die heſſendarmſtädtiſche V.U. vom 17. Dez. 1820 beſtimmt in §. 60: Wer als Mitglied der einen oder anderen Kammer auf Landtagen erſcheinen will, darf nie wegen Verbrechen oder Vergehen, die nicht blos zur niederen Polizei gehören, vor Gericht geſtanden haben, ohne freigeſprochen worden zu ſein.

Die bairiſche Str.Pr.O. durch die angeordneten Kautionen und Konfinationen, das preußiſche und würtembergiſche Recht durch die empfindlichen Eingriffe in die bürgerlichen Verhältniſſe, die heſſendarmſtädtiſche V.U. durch Entziehung der Wahlrechte bei J.E. wegen aller gerichtlich zu ſtrafenden Vergehen, enthalten die ſtrengſten und härteſten Beſtimmungen über die Folgen der J.E. Nach bairiſchem Recht tilgt aber der Ablauf einer Zahl von Jahren (5 resp. 2) alle dieſe Folgen wieder. [21]) Dieſe wohlthätige Beſtimmung der bairiſchen Pr.O. hat aber nicht gleich den vielen harten Eingang in die Legislationen anderer Länder gefunden; denn in Preußen, in Würtemberg u. ſ. w. laſten die durch den Ausſpruch der J.E. herbeigeführten Uebel (wenn nicht ſpäter Wiederaufnahme der Unterſuchung ein günſtigeres Reſultat herbeiführt) auf Lebenslang auf dem von der Inſtanz Entlaſſenen.

20) vergl. Str.G.B. Art. 27, 33, 34. Hepp, Kommentar über das würt. Str.G.B. I, S. 128 ff. 281 ff. Holzinger, Kommentar über die würt. Str.Pr.O. II, S. 838.

21) bair. G.B. Art. 392.

Digitized by Google

§. 18.

Vergleichung der J.E. der mailändiſchen Praxis mit dem jezigen Recht.

Wir haben in der bisherigen Darſtellung den Urſprung, die Ausbildung der J.E. nachgewieſen, und die jezige Geſtalt des Inſtituts betrachtet. Es iſt nunmehr zur Erörterung der Frage überzugehen, ob es auch fernerhin Beibehaltung verdiene, oder nicht vielmehr gleich Tortur, arbiträren Strafen und Reinigungseid in jeziger Zeit blos als ein Ueberbleibſel eines vergangenen Verfahrens aufzuheben ſei. Den Uebergang aber mag eine überſichtliche Vergleichung jener ***absolutio rebus stantibus*** und der heutigen Losſprechung von der Inſtanz bilden.

Noch tritt die J.E. gleich jener des Clarus und Bossius ein bei Mangel an Beweis, bei Verdacht, der am Ende der Unterſuchung noch auf dem Angeſchuldigten laſtet, und wie auch die Beſtimmungen einzelner Geſeze lauten mögen, welche dringenden Verdacht, nahezu zu Verurtheilung ausreichenden Beweis u. ſ. w. erheiſchen, immer bleibt es dem richterlichen Ermeſſen anheimgeſtellt, welcher Verdacht ein dringender ſei u. ſ. w. [1])

Der Grund, die J.E. einzuführen, war in jener Praxis der, die exceptio rei judicatae, welche in der Freiſprechung lag, zu vermeiden (§. 8). Es iſt in §. 16 gezeigt worden, wie ſehr in dieſer Hinſicht Freiſprechung und J.E. in neuen Geſezgebungen beinahe gleichgeſtellt ſind. Nehmen wir aber auch an, es ſei in früheren Zeiten die J.E. etwa erfolgt, veranlaßt durch das Verbot der Verurtheilung auf Indizien; auch dieß wäre ohne Bedeutung; denn die Verurtheilung auf Indizien iſt jezt mit mehr oder weniger Einſchränkungen (z. B. betr. die Todesſtrafe) faſt überall zuläßig. Oder man übte ſie, wo wegen Gebrechlichkeit u. ſ. w. keine Folter angewandt werden konnte; allein die Tortur iſt ja überhaupt bei uns aufgehoben. Und eben an der Stelle aller durch bloſen Verdacht hervorgerufener prozeſſualiſchen Mittel ſteht jezt die J.E.

---

1) Welker im Staatslexikon I, S. 140. Mittermaier, Mündlichkeit u. ſ. w Stuttgart und Tübingen 1845. S. 108.

Digitized by Google

So iſt ihr Eintritt ein häufiger, ihre Uebung eine allgemeine.

Gehen wir auf die Wirkungen über, ſo finden ſich neben der Erhaltung des Verdachts zum Zweck ſpäterer Unterſuchung, bei Clarus u. ſ. w. nur dunkle Andeutungen von weiteren, bei uns erſt zur vollen Ausbildung gelangten Folgen. Und während damals die J.E. noch der reine Ausdruck des richterlichen Zweifels, der Ausſpruch des nicht gereinigten, aber auch nicht erwieſenen und darum von keiner Folge begleiteten Verdachts war, liegt in ihr jezt häufig die Verhängung eines empfindlichen Uebels, veranlaßt durch einen vielleicht ſehr dringenden, aber nicht erwieſenen Verdacht. Durch Ueberſtehen der Tortur, wenigſtens nach Carpzows richtiger Anſicht, durch Ableiſtung des Reinigungseids iſt der Verdacht getilgt, beide ſind freilich von einer humaneren Kriminalrechtswiſſenſchaft als verderbliche Mittel, einem Verdacht auf die Spur zu kommen, abgeſchafft worden. Die J.E., welche jezt ſo häufig das Surrogat beider iſt, verhängt zwar keine Marter, um den Verdacht zu tilgen, aber ſie läßt denſelben nicht nur ungetilgt beſtehen, ſondern wälzt auf den Verdächtigen zwar dem Namen nach keine Strafe, aber empfindliche Uebel. Sie beläſtigt ihn mit Kautionen und polizeilicher Aufſicht, ſie nimmt ihm die wichtigſten bürgerlichen Rechte, ſie iſt eine Abſolution, aber in ihr liegt eine oft ſchwere Strafe.

§. 19.

Die Frage über Beibehaltung oder Abſchaffung der Inſtanzentbindung.

Die Entbindung von der Inſtanz hat in der heutigen Kriminalrechtswiſſenſchaft ihre Vertheidiger wie ihre Gegner. Die erſteren vertheidigen theils das Inſtitut als ein nun einmal beſtehendes, das man nicht abſchaffen könne, theils ſelbſt die Idee der J.E. Manche ſind aber geneigt, die nachtheiligen Wirkungen derſelben wenigſtens fallen zu laſſen.

Im weſentlichen übereinſtimmend ſind nun die von den Schriftſtellern angeführten Gründe für Beibehaltung der J.E. und zwar ſagt:

Kleinſchrod: Das Wohl des Staats erheiſche, daß bei ſtarkem Verdacht, der jedoch zur Verurtheilung nicht hinreiche, keine völlige Freiſprechung ſtattfinde, welche den Verdächtigen ſicher machen und

Digitized by Google

ihn zu weiteren Verbrechen ermuntern würde. Dagegen liege in der J.E. eine Warnung. Wie zur Verurtheilung ein voller Beweis erforderlich ſei, ſo dürfe Losſprechung auch blos bei völliger Verdachtloſigkeit eintreten. Ein mittleres Urtheil ſei daher gerechtfertigt. [1])

Bauer: Die J.E. ſei das wirkliche Ergebniß der Unterſuchung, ſie ſei dem Rechte und der Wahrheit angemeſſen und nothwendig; obgleich auch durch die Kriminalpolitik geboten, ſie ſei doch nicht blos das Reſultat der leztern. Die J.E. ſichere vor mancher Verurtheilung, welche ſonſt, z. B. bei Geſchworenen, eingetreten wäre. Der Reinigungseid werde durch ſie entbehrlich, und ſie gebe der gänzlichen Losſprechung erſt ihren vollen Werth, indem dieſe hiedurch erſt ein Zeugniß der Verdachtloſigkeit werde. [2])

Oppermann: der Richter, welcher einen Verdächtigen aber nicht Ueberwieſenen für unſchuldig erkläre, handle gegen ſeine Ueberzeugung, gegen die Wahrheit, und ebendamit gegen die Geſeze. Bei der J.E. dagegen laſſe der Richter den Angeſchuldigten einſtweilen ohne Unterſuchung, bis ſich ſpäter vielleicht die Wahrheit herausſtelle. Auch gefährde die J.E. den Einzelnen nicht, für den Staat aber wäre Gefahr da, wenn man den ſchwer Verdächtigen freiſprechen und ſo für immer vom Verdacht reinigen wollte. [3])

Henke: Das Intereſſe der materiellen Wahrheit erheiſche, daß bei ſtehengebliebenem Verdacht keine Freiſprechung ſtattfinde; außerordentliche Strafen, Reinigungseid ſeien mit Recht abgeſchafft, es bleibe ſomit für Fälle, in welchen ſich troz einer erweiterten Beweistheorie keine Gewißheit ergebe, nichts übrig als J.E. [4])

Krug: Die Abſchaffung der J.E. wäre eine Ungerechtigkeit gegen den wirklich Schuldloſen, der dadurch mit dem höchſt Verdächtigen in eine Klaſſe geworfen würde, eine Ungerechtigkeit gegen das Publikum, dem ein mit dem ſchwerſten Verdachte belaſtetes Subjekt als eine zutrauenswürdige Perſon aufgedrängt würde. Wenn aber Jemand unſchuldigerweiſe durch eine unglückliche Verkettung von Umſtänden in den dringenden Verdacht eines Verbrechens gerathe, den er nicht ablehnen

1) Abhandlungen §. 3.
2) Abhandl. a. a. O. §. 5.
3) a. a. O. §. 5, 6.
4) a. a. O. S. 735 ff.

Digitized by Google

könne, ſo ſei dieß ein Unglück, eine göttliche Schickung, deren Folgen wieder gut zu machen der Staat nicht berufen ſein könne. [5])

Preuſchen: Es ſei bedenklich, denjenigen, bei welchem faſt an der völligen Ueberführung nichts fehlte, ganz freizuſprechen, und ſo den Schuldigen im Triumf aus der Unterſuchung zu entlaſſen. [6]) Preuſchen ſucht weiter die J.E. als Schuz des Publikums vor Beamten darzuſtellen, indem er Fälle anführt, in welchen ein Beamter wegen Amtsverbrechen ſtatt von der Inſtanz — völlig freigeſprochen würde. Förſter und Flurſchüzen, deren Ausſage bei Feldbiebſtählen u. ſ. w. vollen Beweis gebe; Richter, welche beſtochen worden ſeien, würden im Amte bleiben, und dem Publikum ferner ſchaden. Das leztere wüßte nicht, ob es einen in Unterſuchung Geweſenen zum Abgeordneten wählen ſolle, da es die Akten nicht kenne u. ſ. w.

§. 20.

Fortſezung.

Es ſind dieſe Gründe neuerer Zeit entſchieden bekämpft werden. Bauer [1]) bezeichnet den Kampf gegen die J.E. als eine „Modeanſicht, ein Streben, eine ganz unbegrenzte Milde im Strafprozeß einzuführen, und die Angeſchuldigten über Gebühr, ſelbſt auf Koſten der Wahrheit und des Rechts zu begünſtigen.“ Man wird dieſe Schlagworte unbeantwortet laſſen können, wenn man, auf die hiſtoriſche Entwicklung der J.E. geſtüzt, ſich gegen ſie, wie ſie nach und nach ſich geſtaltet hat, erklärt. Allerdings aber iſt es die gegenwärtige Zeit, welche, wie ſie manche Reform im deutſchen Strafprozeſſe erſtrebt, wie ſie insbeſondere für Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ſich erhebt, in Abſchaffung der J.E. einen Fortſchritt erblickt.

Man unterſcheidet häufig die Fragen der Rechtmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit der J.E.; allein in Wahrheit fallen beide zuſammen. Der Strafprozeß hat überhaupt nichts anderes zum Zweck, als die Pflege der Gerechtigkeit, ſeinem Zwecke gemäß iſt alſo auch blos das,

5) in Richters Jahrb. 1842. S. 143.
6) in Jagemanns Zeitſchr. II. S. 505.
1) Abhandl. S. 321.

was mit der Gerechtigkeit übereinſtimmt. Die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit der J.E. wird ſich hienach ganz einfach auf den Schluß zurückführen laſſen: Die ganze bisherige Ausführung hat ergeben, daß zwar die J.E. ihren Urſprung fand in dem Beſtreben, der materiellen Wahrheit durch die Sicherſtellung eines wenn nicht überführten, doch ſehr verdächtigen, Subjekts gegen eine ſpätere Aufdeckung ſeiner Schuld keinen Eintrag zu thun, daß ſich aber dieſe Natur der J.E. änderte, daß ſie jezt die Stelle einnimmt, wo früher andere längſt von der Wiſſenſchaft und Praxis entfernte Inſtitute ſtanden, daß ſie jezt in Wahrheit ein Uebel ausgeſprochen bei dringendem Verdacht iſt, ſomit eine Verdachtsſtrafe enthält. Der Strafprozeß ſtellt an die Spize ſeiner Lehren, daß eine Strafe nur bei völlig erwieſener Verſchuldung zu verhängen iſt; jener wohl zu rechtfertigende erſte Entſtehungsgrund der J.E., die Vermeidung der exceptio rei judicatae hat ſeine Berückſichtigung im deutſchen Strafprozeß jezt ja ſelbſt bei vollkommener Losſprechung gefunden. Die Beibehaltung der J.E. iſt daher nicht zu rechtfertigen. [2])

Hievon ausgehend werden ſich die Einwendungen beſeitigen laſſen. Und daß dieſer Ausgangspunkt bei Beurtheilung der Frage der richtige iſt, und nicht derjenige Bauers und Kleinſchrods, nämlich die an die Spize geſtellte Idee der J.E., daß die hiſtoriſche Betrachtung der J.E. der Frage über ihre Beibehaltung zu Grunde liegen muß, ſcheint keines Beweiſes zu bedürfen. Denn die gegenſeitige Deduktion fußt auf willkührlichem Boden; was nicht mit der betreffenden Anſicht über den Begriff, die Idee u. ſ. w. übereinſtimmt, wird für einen Auswuchs erklärt, der abzuſchaffen ſei; und übrigens bleibt dann das ganze Inſtitut ſammt ſeinen Auswüchſen. Dagegen faßt man die J.E. auf als das, was ſie geworden iſt, was ſie iſt, ſo findet man, daß ſie nicht beſtehen kann, und man kommt zu der Anſicht, welche die ganze J.E. und alſo mit ihr auch ihre Folgen abſchafft.

Zwar wird man gegen die gegebene Argumentation einwenden,

---

2) Müller a. a. O. S. 19 ſagt mit Recht: So wenig Jemand einem Andern den Vorwurf eines Verbrechens machen darf, ohne ihn erweiſen zu können, ſo unrecht iſt es, wenn der Staat bei einer Anſchuldigung beharren will, und ſich gleichwohl zu der förmlichen Erklärung genöthigt ſieht, daß es ihm an Mitteln gebreche, dieſe Anſchuldigung wahr zu machen.

Digitized by Google

es ſei die Frage von der Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit der J.E. unabhängig von den hiſtoriſchen Gründen, auf welchen ſie beruhe, und in der That laſſen auch die Schriftſteller, welche den meiſten Schein für ihre Begründung der Nothwendigkeit der J.E. für ſich haben, die Erörterung über den hiſtoriſchen Standpunkt ganz bei Seite, wenn ſie behaupten: der Richter könne doch den ſehr Verdächtigen nicht gleich dem ganz Unſchuldigen frei ſprechen. Allein hier ſteht der von Vielen angenommene [3]) und zu Grunde gelegte, aber nirgends bewieſene Saz an der Spize, daß die deutſchen Freiſprechungen Unſchuldserkenntniſſe ſeien. Dann freilich wäre es mit der Gerechtigkeit nicht im Einklange, dem Unſchuldigen den Verdächtigen gleichzuſtellen, das Publikum über Beide zu täuſchen. Konſequent zur Anwendung gebracht, müßte dieſe Anſicht aber auf die bairiſchen Urtheile führen, wo zwiſchen der bewieſenen Unſchuld und dem zurückgebliebenen Verdacht (Unſchuldserkenntniß und J.E.) in der Mitte noch der dritte Fall, nämlich Mangel ſowohl an Verdacht als an Unſchuldsbeweis liegt. Allein die deutſchen freiſprechenden Urtheile ſind im Allgemeinen blos Nichtſchuldigerklärungen [4]); ſie enthalten nur ſelten Unſchuldserklärungen; denn Freiſprechung erfolgt in den vielen Fällen des Mangels an Beweis, wenn nur der Verdacht nicht ſo dringend iſt, daß die Pr.O. J.E. verhängt; Freiſprechung umfaßt die Straffreierklärung, wenn etwa das Verbrechen begangen, aber bereits verjährt iſt (wo iſt hier Unſchuld?), die Fälle, wo eine Einrede, z. B. Nothwehr, entgegen ſteht, wo vielleicht auf ein ſchweres Verbrechen inquirirt wurde, am Ende ſich aber herausſtellt, daß die zur Beſtrafung nöthige Klage des Betheiligten fehlt u. ſ. w. Eine Vergleichung neuerer Str.Pr.Ordnungen ergibt die Richtigkeit dieſer Karakteriſirung der freiſprechenden Urtheile. Nach der würtembergiſchen Pr.O. Art. 356 z. B. iſt Freiſprechung begründet, wenn weder Verurtheilung, noch Entbindung von der Inſtanz erfolgen kann; da nun

3) Kleinſchrod, Bauer, Oppermann, Henke, Krug a. a. O.; Abegg, Kriminalprozeß §. 171. Auch Wieſt, Mündlichkeit §. 20, 21 hält im Gegenſaze zu dem engliſchen und franzöſiſchen: „nicht ſchuldig", die deutſchen Freiſprechungen für Unſchuldserklärungen, welche die J.E. nothwendig machen. Leztere will auch er von ihren Folgen reinigen.

4) vergl. die Ausführung von Zachariä im Archiv S. 388 ff. Müller a. a. O. S. 30.

Digitized by Google

J.E. eintritt, wenn die Beweismittel für die Schuld nahezu zur Verurtheilung hinreichend ſind, ſo iſt der Angeſchuldigte freizuſprechen, wenn zwar ein nicht unbedeutender Verdacht, vielleicht ein ſogenannter halber Beweis ſeiner Schuld vorliegt, der Richter aber dieſen doch nicht für nahezu genügend zur Verurtheilung hält. Man kann aber doch nicht mit Wiest und den in N. 3 zitirten Schriftſtellern dieſe Freiſprechung des würtembergiſchen Rechts für ein Unſchuldserkenntniß erklären! Wo iſt nun eine Verlezung der Gerechtigkeit, wenn auch bei Mangel an Beweis der Richter eine Straffreierklärung ausſpricht? Der Schuz des wirklich Unſchuldigen durch das Urtheil des Volks, der Schuz des Publikums, das Bekanntwerden mit dem Grunde, warum einen Angeſchuldigten keine Strafe trifft, erheiſcht nicht die Nothwendigkeit der J.E., wohl aber die Nothwendigkeit der Oeffentlichkeit. [5]) (§. 25.)

Ein Mittleres zwiſchen Schuld und Nichtſchuld exiſtirt nicht, und ſomit trifft die J.E. entweder einen Unſchuldigen oder einen der vollen Strafe (nicht blos eines an der Stelle derſelben ſtehenden Uebels) Würdigen. Der erſte Fall iſt die zufällige Verkettung von Verdachtsgründen, gegen die ſich der Unſchuldige nicht ſchüzen kann. Die Bezeichnung der in einem ſolchen Falle ausgeſprochenen J.E. als: „Schickung Gottes", welche Krug a. a. O. gebraucht, iſt nicht geeignet, das damit geſchehene Unrecht zu beſchönigen. Beſteht aber keine J.E., ſo wird einem ſolchen wirklich Unſchuldigen doch regelmäßig Freiſprechung zu Theil werden, wo jezt noch die Uebel der J.E. ihn treffen. Der andere Fall iſt der, daß ein vielleicht verſchmizter leugnender Verbrecher der gegen ihn ſprechenden Indizien ungeachtet ſtatt verurtheilt, blos von der Inſtanz entlaſſen wird; erlaubt hier eine freiere Beweistheorie Verurtheilung, trifft ihn hier, wie vielleicht bei dem Geſchworenengericht das Schuldig, ſo iſt blos der Gerechtigkeit ein Genüge geleiſtet. [6]) Reicht die Unterſuchung nicht zu Verurtheilung, ſo iſt freilich die Nichtſchuldigerklärung vielleicht nicht die moraliſche Ueberzeugung des Richters, es iſt die Unvollkommenheit jeder menſchlichen Einrichtung überhaupt, hier aber gerade hätte auch die J.E. wenig Werth; denn der Nachtheil für die Ehre trifft den vielleicht

5) vergl. Molitor a. a. O.
6) Müller a. a. O. S. 52.

Digitized by Google

ſchon oft geſtraften Verbrecher am wenigſten, für ihn wird auch die von Kleinſchrod behauptete, in der J.E. liegende Warnung ohne Erfolg ſein, wie ja häufig die verſchmizteſten, frechſten, rückfälligen Verbrecher ſolche ſind, welche ſchon aus vielen Unterſuchungen mit bloſer J.E. davongekommen ſind. [7])

§. 21.

Abſchaffung einzelner mit der Inſtanzentbindung verknüpfter Uebel.

Der bedeutendſte Vertheidiger der J.E., Bauer, iſt es, der das Inſtitut von den mit ihm verbundenen Folgen reinigen will. Die Nachtheile,. welche partikularrechtlich an die J.E. geknüpft ſeien, ſagt er, fließen nicht aus der Natur des Inſtituts, es ſeien willkührliche nicht zu billigende Sazungen. Durch Reinigung von dieſen Auswüchſen würde das Inſtitut ſeine Gegner verlieren.

Dieſe Zugeſtändniſſe ſind allerdings ſehr geeignet, der Anſicht Bauers Anhänger zu gewinnen. Die J.E. enthielte keine Verdachtsſtrafe mehr, ſondern die bloſe Erklärung des nicht getilgten Verdachts ohne weitere Folgen. Allein dann iſt auch ein Grund, ſie beizubehalten, kaum mehr vorhanden, ſofern Wiederaufnahme der Unterſuchung bei Freiſprechung und bei J.E. durch die neueren Geſezgebungen einander ziemlich gleichgeſtellt ſind (§. 16). Es wäre hienach J.E. und Freiſprechung eine Unterſcheidung faſt ohne anderen Werth, als daß der Richter ein Mittel hätte, ſeinen Zweifel auszuſprechen. Das Publikum wäre etwa belehrt, was es von einem ſo Entlaſſenen zu halten habe; allein weit richtiger urtheilt die öffentliche Meinung, wo ſie ſelbſt den Fall hat kennen lernen, und es iſt nicht zu beſorgen, daß der Unſchuldige mit dem Verdächtigen, wenn auch Beider Urtheil auf „nicht ſchuldig“ geht, verwechſelt würde, wo ein öffentliches Verfahren den Verdacht, der auf Beiden laſtete, der allgemeinen Beurtheilung anheimgibt.

Eine Abhilfe durch Abſchneiden einzelner Uebel u. ſ. w. iſt nicht

7) vergl. die Verhandlungen der würtemb. Abg.Kammer 1842. IV. Bd. 55. Sizung. S. 21.

Digitized by Google

das durchgreifende, denn leicht würden ſich dieſe wieder hereinſchleichen. Durchgreifend aber iſt die Aufhebung des Inſtituts.

Wollte man auf Bauers Vorſchlag eingehen, ſo müßten auch die Verfaſſungen, welche an die Losſprechung von der Inſtanz den Verluſt der Wahl- und Wählbarkeitsrechte knüpfen, in dieſer Hinſicht eine Aenderung erleiden.

§. 22.

Inſtanzentbindung und Verjährung.

Ein weiterer Vorſchlag iſt der, das inſtanzentbindende Urtheil nach dem Ablauf einer beſtimmten Friſt von ſelbſt ſich in Freiſprechung verwandeln zu laſſen.

Scholz [1]) will, der Richter ſoll in dem Urtheil, das auf J.E. geht, eine Zeit beſtimmen, in welcher der Staat weiteren Beweis noch aufbringen könne, daß aber nach Ablauf dieſer Friſt, welche er auf ein Jahr beſtimmen will, der Entbundene ein völlig freiſprechendes Erkenntniß erlangen könne. Auch Bauer [2]) ſtimmt dem Vorſchlage von Scholz zu, nur will er die Beſtimmung ſtatt im Richterſpruch ein für allemal im Geſez haben, er fügt die Bedingung einer tadelloſen Aufführung während des betreffenden Jahres bei. dann ſoll ſich die J.E. von ſelbſt, nicht blos auf Antrag des Betheiligten, in Freiſprechung verwandeln.

In dieſer Hinſicht hat die bairiſche Pr.O. einen entſchiedenen Fortſchritt gemacht. Denn es iſt in Art. 392 beſtimmt, daß durch den Ablauf von 5 resp. 2 Jahren die ſämmtlichen nachtheiligen Folgen der J.E. getilgt ſein ſollen. Die neueren Prozeßordnungen, welche doch ſonſt bei allen den Angeſchuldigten nachtheiligen Beſtimmungen der bairiſchen Pr.O. genau folgen, haben dieſe wohlthätige Einrichtung nicht angenommen. Allein auch wenn der Vorſchlag von Scholz oder das Beiſpiel der bairiſchen Pr.O. allgemein Eingang finden würde, ſo wäre dieß nur eine Abſchlagszahlung, mit deren Bewilligung offenbar die Ungerechtigkeit der J.E. mittelbar zugegeben iſt.

---

1) a. a. O. S. 414.
2) S. 344.

Digitized by Google

Emmerling [3]) hat dieſe Verwandlung in völlige Freiſprechung als eine Forderung, welche ſchon nach gemeinrechtlichen Prozeßgrundſäzen begründet ſei, darzuſtellen geſucht. Er bezeichnet die J.E. als einen bloſen Zwiſchenbeſcheid; in jedem Augenblick könne hiegegen eine Wiederaufnahme ſtattfinden. Nun verlange der blos von der Inſtanz Entlaſſene nach Ablauf der Verjährungszeit des ihm zur Laſt gelegten Vergehens eine Wiederaufnahme; ob dieſe ein neues Reſultat ergebe oder nicht, ſei gleichgiltig, denn der Angeſchuldigte verlange, geſtüzt auf den Ablauf der Verjährung, jezt jedenfalls definitive Freiſprechung. [4])

§. 23.

Politiſche Bedenken gegen die Inſtanzentbindung.

Die bedeutendſte der Folgen der J.E. iſt die Einwirkung derſelben auf die bürgerlichen Verhältniſſe, namentlich die Wahlrechte. Dadurch bietet die J.E. eine Seite dar zur Betrachtung vom Standpunkte politiſcher Intereſſen aus.

Zachariä [1]) ſchon hat die Bedenklichkeit der J.E. z. B. in Zeiten politiſchen Partheikampfs berührt, und ſagt: „Zwar iſt der mögliche Mißbrauch, welchem eine Sache in der Hand des Böswilligen unterliegen kann, an ſich kein Grund zu ihrer gänzlichen Verwerfung; allein er wird von großer Bedeutung, ſobald die Sache an ſich nicht gerechtfertigt erſcheint.“ Bauer [2]) iſt bemüht, auch dieſen

3) a. a. O. III. V.

4) Emmerling hat mit dieſer Ausführung in der (im folgenden §. berührten Hoffmann'ſchen Unterſuchungsſache) eine definitive Freiſprechung verlangt, da das betreffende Vergehen, Beſtechung, im heſſiſchen Recht mit 5 Jahren verjährt iſt. Das Hofgericht zu Darmſtadt hat der Ausführung keine Folge gegeben, „weil durch den Ablauf der Verjährungsfriſt eine Wiederaufnahme der Unterſuchung unmöglich gemacht ſei.“ Die hierin liegende Verlezung des Grundſazes, daß zu Gunſten des Angeſchuldigten jederzeit Wiederaufnahme zuläſſig iſt, und überhaupt das durch Emmerling berührte Verhältniß zur Verjährung wäre einer weiteren Erörterung werth. Uebrigens hat ſich Emmerling mit einer Beſchwerdeausführung für Hoffmann an das heſſiſche Appellations- und Kaſſationsgericht gewendet, deſſen Spruch noch nicht ergangen iſt.

1) a. a. O. S. 391.

2) a. a. O. S. 323.

Digitized by Google

Einwurf zu beſeitigen: „wenn die Juſtizpflege eines Landes in ſo troſtloſem Zuſtand ſei, ſo beſtehe überhaupt keine Rechtsordnung, keine Sicherheit gegen Willkühr.“ Das Leztere iſt unbedenklich zuzugeben. Allein die große Gefährlichkeit der J.E. in politiſchen Unterſuchungen iſt damit nicht beſeitigt; denn es iſt doch immer ein großer Unterſchied zwiſchen einer ungerechten Verurtheilung, und der bloſen J.E., der freilich mit der gleichen Wirkung auf die politiſche Laufbahn des Betreffenden verſehenen Erklärung es ſei Verdacht vorhanden. In Fällen eines vorhandenen bloſen Argwohns wird doch kein Richter wagen, eine Verurtheilung auszuſprechen. Der Spruch auf J.E. aber iſt hier etwas ſo Naheliegendes, daß man, ohne dem Richter zu nahe zu treten, die Möglichkeit, darauf zu erkennen, beſeitigt wünſchen muß.

Zachariä ſezt den oben angeführten Worten bei: „exempla sunt odiosa!“ und ohne Zweifel meint er die Hoffmann'ſche Unterſuchungsſache, welche nur kurz hier noch erzählt ſein mag.

Der Gemeinderath und Abgeordnete Ernſt Emil Hoffmann zu Darmſtadt hatte im Jahr 1834 bei der Wahl der Bevollmächtigten zur Erwählung der Abgeordneten durch einen Lohnbedienten Wesp Stimmzettel herumtragen laſſen, Hoffmann belohnte den Bedienten hiefür; der Leztere aber hatte aus eigenem Antrieb, und ohne ſeines Auftraggebers Wiſſen an vier Perſonen zuſammen ſiebzehn Kreuzer gegeben, „um ſie für die Wahl geneigt zu machen.“ Da der Lohnbediente im Laufe der gegen ihn eröffneten Unterſuchung die Möglichkeit zugab, daß Hoffmann ſeine Handlungsweiſe vielleicht habe vermuthen können, was dieſer unter Erbietung zum Reinigungseid entſchieden von ſich wies, ſo wurde Hoffmann wegen Koautorſchaft zu Beſtechung im Betrag von ſiebzehn Kreuzern von der Inſtanz entbunden. Der Bediente erhielt im Wege der Gnade ſeine durch Verurtheilung wegen Beſtechung verlorenen Staatsbürgerrechte zurück; E. E. Hoffmann aber iſt vermöge Beſtimmung der V.U., da er zum Reinigungseid nicht zugelaſſen wurde, ſeiner Wahl- und Wählbarkeitsrechte verluſtig geworden, und hat ſeither ſeinen Plaz in der heſſiſchen Ständekammer nicht wieder eingenommen, obgleich er auf Grund neuer Unſchuldsindizien (der Aeußerung eines Polizeibeamten: „er habe Hoffmann Fallen geſtellt,

Digitized by Google

und ihn gefangen“) und der eingetretenen Verjährung (vergl. §. 22) eine Wiederaufnahme der Unterſuchung verlangte. [3])

§. 24.

Verhandlungen der würtembergiſchen Stände über Inſtanzentbindung.

In Würtemberg wurde bei Berathung der neuen, 1843 ins Leben getretenen Strafprozeßordnung, auch die Entbindung von der Inſtanz Gegenſtand lebhafter ſtändiſcher Berathungen auf den Landtagen von 1842 und 1843.

Der (1840 gedruckte) revidirte Entwurf einer Str.Pr.O. enthielt in den Art 322 und 324 [1]) die J.E.; und zwar ſollte ſie eintreten, „wenn die wider den Angeſchuldigten aufgefundenen Verdachtsgründe und Beweiſe zur Verurtheilung nicht hinreichend ſind, jedoch ein Vertheidigungsbeweis dagegen nicht vorhanden iſt, oder, eines vorhandenen Vertheidigungsbeweiſes ungeachtet noch ſo viel Verdacht übrig bleibt, als genügend wäre, um wider eine Perſon Unterſuchung zu verfügen, für jezt aber von Fortſezung des Verfahrens keine weitere Aufklärung zu erwarten iſt.“

Dieſe Faſſung ſteht auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts, man kann ſie im allgemeinen kurz dahin geben: J.E. tritt ein bei vorhandenem halbem Beweis der Schuld. Indeſſen blieb es hiebei

---

3) Aktenmäßige Darſtellung der wider den Gemeinderath Ernſt Emil Hoffmann in Darmſtadt anhängig gemachten Unterſuchung wegen Theilnahme an angeblich bei den Wahlen zum VI. großherz. heſſiſchen Landtag vorgefallener, 17 Kreuzer betragenden Beſtechung. Wörtlicher Abdruck der bei dem großh. heſſ. Ober-Appellations- und Kaſſationsgericht eingereichten Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeſchwerde und der Appellation. Speier 1838. Wörtlicher Abdruck der neueren Eingaben und Erlaſſe in der wider den Gemeinderath Ernſt Emil Hoffmann in Darmſtadt anhängigen Unterſuchung wegen Theilnahme an einer angeblich bei den Wahlen zum 6. großherz. heſſiſchen Landtage vorgefallenen 17 kr. betragenden Beſtechung. Mit großherz. badiſcher Zenſur. Mannheim, Heinrich Hoff. 1845. Der Tod des Pfarrer Weidig S. 40.

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Königreichs Würtemberg auf dem Landtage $18^{41}/_{43}$. XIV. Band. S. 102. Vergl. über die früheren Entwürfe oben S. 43.

Digitized by Google

nicht. Die zur Begutachtung des Entwurfs niedergeſezte ſtändiſche Kommiſſion (Ref. von Scheurlen, Korref. Knapp) beantragte, für den Eintritt der J.E. das geſezliche Erforderniß aufzuſtellen: „es müſſe ein ſo hoher Grad von Verdacht vorliegen, daß er dem vollen Beweis ſehr nahe komme“ u. ſ. w. [2]) Nach dieſer Faſſung, welche eine Folge der in der Kommiſſion geltend gemachten Zweifel über die Statthaftigkeit der J.E. überhaupt war, iſt der Eintritt derſelben jedenfalls erſchwert. In der Kommiſſion nämlich war die Minorität für Abſchaffung der J.E.; und wenn dieſer Anſicht die Majorität nicht beitrat, ſo beſtand der Grund hiefür lediglich in formellen Anſtänden. Denn die Mehrheit war dahin einverſtanden, daß die Entbindung von der Inſtanz ein an ſich nicht zu billigendes Inſtitut ſei, und zwar deßhalb, weil, „nachdem der Entwurf der Verurtheilung auf Indizien freiern Raum gegeben habe, mit Erweiterung der Beweistheorie der Grund gefallen ſei, welchem vornehmlich die Abſolution von der Inſtanz ihre Aufnahme in die deutſchen Gerichte zu danken habe.“ Allein die Mehrheit glaubte auf Abſchaffung der J.E. deßhalb nicht ihren Antrag ſtellen zu dürfen, weil die Verfaſſungsurkunde im Wege ſtehe; da dieſe nämlich mit der J.E. Rechtsnachtheile verbindet (§. 135, 142) ſo glaubte man, in dieſen §§. ein Hinderniß für Aufhebung zu finden. [3]) Somit ſchlug die Mehrheit der Kommiſſion die Beibehaltung der J.E. in der neuen Strafprozeßgeſezgebung jedoch unter der angegebenen ihren Eintritt erſchwerenden Vorausſezung vor.

So kamen die betr. Artikel zur Berathung der Kammer der Abgeordneten [4]) den 16. Febr. 1842. Hier ſtellte der Abg. Knapp den Antrag, die Entbindung von der Inſtanz aufzuheben. Die Debatte verbreitete ſich ſofort über die materielle und formelle Seite der Frage. In lezterer Beziehung wurden namentlich den Gründen der Kommiſſion und der Redner in der Kammer, welche in Aufhebung der J.E. eine Verfaſſungsänderung erblickten, entgegengehalten: Die V.U. habe das Kriminalverfahren nicht ein für allemal fixiren wollen, noch können. Wenn die V.U. an die J.E. Nachtheile knüpfe, ſo ſei damit die leztere noch kein Beſtandtheil der Verfaſſung, und wenn

2) a. a. O. S. 985.

3) 1. Hauptbericht der Kommiſſ. a. a. O. S. 703—713.

4) a. a. O. Bd. IV. 55. Sizung S. 7—81. 56. Sizung S. 2—4.

Digitized by Google

nicht mehr auf ſie erkannt werde, ſo fallen jene Nachtheile ebenda-mit von ſelbſt. Eine Verfaſſungsänderung liege hierin ſo wenig als in der früheren Strafgeſezgebung (1839), die das ganze Strafen-ſyſtem geändert, und damit die V.U., welche ſich hinſichtlich der Wahl-Rechte u. ſ. w. an das Strafenſyſtem anſchließe, weiter gebildet haben. [5])

Auch die materielle Seite der J.E. wurde lebhaft erörtert. Die Regierungskommiſſäre [6]) drückten zwar im allgemeinen die Geneigt-heit der Regierung aus, auf die Faſſung der Kommiſſion einzugehen, zählten aber Nachtheile auf, welche durch Aufhebung der J.E. für den Unſchuldigen und das Gemeinweſen entſpringen würden. Die Gefährdung des Gemeinweſens war ein Hauptargument der Redner für die J.E. [7]), indem ſie eine ſolche darin erblickten, wenn der Ver-dächtige gleich dem Unſchuldigen aus der Unterſuchung ſcheide. Die J.E. ſei ein einmal beſtehendes Inſtitut; es ſei bedenklich, ſie auf-zuheben, zumal man nicht wiſſe, was an ihre Stelle treten würde. Von den Gegnern der J.E. wurde beſonders auf die Oeffentlichkeit hingewieſen, als das Mittel, wodurch jeder durch Aufhebung der J.E. für das Gemeinweſen entſpringende Nachtheil beſeitigt werde, ja, um dem formellen Anſtand zu begegnen, ſelbſt eine Aenderung der V.U. wenn nothwendig um die J.E. zu verwerfen vorgeſchlagen. [8]) Der Antrag des Abg. Knapp, die J.E. abzuſchaffen, wurde mit 53 gegen 27 Stimmen angenommen. Bemerkenswerth iſt, daß unter dieſer Majorität die Mehrzahl der in der Kammer ſizenden Juriſten war; die ſtarke Majorität, die entſchiedenen Aeußerungen beſonders auch in den meiſt motivirten Abſtimmungen beweiſen, daß die Anſicht, welche die J.E. für unſtatthaft erklärt, eine große Verbreitung gewonnen hat.

Indeſſen blieb die J.E. ein Beſtandtheil der würtemb. Pr.O. [9])

---

5) vergl. die mit dieſen Prinzipien übereinſtimmenden Kommiſſionsberichte, und Verhandlungen der K. d. Abg., der K. d. Standesh. und der Regierung, in Hepps Kommentar I. S. 285 – 90.

6) Departementschef v. Prieſer, Direktor v. Bezzenberger.

7) v. Moſthaf, Rümelin, v. Stump, v. Gmelin, v. Rummel, Krauß, Präl. v. Faber.

8) Die Redner gegen die J.E. waren: v. Scheuerlen, Knapp, v. Rüme-lin, v. Zwerger, Camerer, Waaſer, Holzinger, Veiel, Groß.

9) vergl. Holzinger, Kommentar über die würt. Str.Pr.O. Ellwangen 1845, II, S. 835 – 839.

Digitized by Google

Die Kammer der Standesherrn erklärte ſich für dieſelbe. Hier wurde geltend gemacht: die zweite Kammer ſei über die Verfaſſungsurkunde, indem ſie die J.E. aufgehoben, außerordentlich leicht hinweggegangen; in materieller Beziehung: Die J.E. treffe nicht einen Unſchuldigen, ſondern nur einen ſolchen, den der Richter zwar für ſchuldig halte, aber über denſelben wegen nicht völlig hergeſtellter Beweiſe eine Strafe auszuſprechen nicht vermöge; je komplizirter die Strafgeſezbücher abgefaßt ſeien, deſto weniger könne man J.E. entbehren; die Einrichtung derſelben habe ſich mit unſerm Staatsleben ſo enge verflochten, daß ſie kaum entbehrt werden könnte; ſie ſei ein Recht des Staats, welches gewiß, namentlich in politiſcher Beziehung in manchen Fällen wichtig und nothwendig ſei u. ſ. w. [10])

Auch die Staatsregierung ſprach ſich dahin aus, die J.E. aus formellen und materiellen Gründen nicht fallen laſſen zu können [11]); ſie ging jedoch auf die von der ſtändiſchen Kommiſſion verlangte Erſchwerung ihres Eintritts ein, und die übereinſtimmenden Art. 351 des neu redigirten Entwurfs [12]), und 356 der Pr.O. haben blos eine unweſentliche Faſſungsveränderung von dem Vorſchlag der Kommiſſion. [13]) Die Kommiſſion der zweiten Kammer wollte durch Beharren auf dem früheren Beſchluß nicht das Zuſtandekommen des ganzen Geſezes in Frage ſtellen [14]), und die Entbindung von der Inſtanz wurde mit dem ganzen Geſezesentwurf von der Kammer der Abgeordneten den 13. Merz 1845 gegen ihren früheren Beſchluß angenommen. [15])

Die Worte eines würtembergiſchen Bezirksrichters, des Abgeordneten v. Hammer, welche dieſer bei ſeiner motivirten Abſtimmung über die Abſchaffung der J.E. ſprach, mögen dieſen Abſchnitt ſchließen:

---

10) Verhandl. der Kammer der Standesh. 1842. 4. Heft. S. 1377 ff. Verhandl. d. K. d. Abg. Bd. XV. S. 422.

11) Den 31. Okt. 1842. a. a. O. S. 545.

12) ebendaſ. S. 718.

13) vergl. oben S. 44.

14) 2. Hauptbericht a. a. O. S. 791, 903.

15) Auch auf dem kurheſſiſchen Landtag von 1841 kam die J.E. zur Sprache. Der ſtändiſche Ausſchuß erklärte ſich einſtimmig für Abſchaffung des Inſtituts, die Kammer beſchloß die Aufhebung, der Landtagskommiſſär erklärte aber, daß die Regierung nicht darauf eingehe. Röllner in ſeiner und Jagemanns Zeitſchrift III. Bd. 1843. S 77.

Digitized by Google

„Die J.E. folgt auf das unbeſtimmte Ergebniß einer Unterſuchung, eine halbe Maßregel, mit einem Worte ein Unding, wie die Verdachtsſtrafen auch, ja ſie iſt ſelbſt eine ſolche Verdachtsſtrafe. Die Verfaſſung knüpft an die J.E. gewiſſe Nachtheile; allein hört das Inſtitut auf, ſo fallen auch dieſe, und ich würde es als einen wahren Fortſchritt im Strafprozeß anſehen, wenn das fragliche Inſtitut wirklich beſeitigt würde."

§. 25.

Schluß der Abhandlung.

So hat uns die bisherige Ausführung das Reſultat ergeben, daß die Losſprechung von der Inſtanz gleich Tortur und Reinigungseid, gleich außerordentlichen und Verdachtsſtrafen, in unſerer Zeit nicht mehr haltbar iſt. Sie iſt noch ein Reſt eines früheren Verfahrens, deſſen Läuterung die Aufgabe der heutigen Kriminaljurisprudenz geworden iſt. Mit dem Verlangen nach Mündlichkeit und Oeffentlichkeit tritt auch das Verlangen, die J.E. zu entfernen, auf, und der Tag, der die Thüren der Gerichte dem Volke öffnet, wird auch der Zeitpunkt ſein, wo zwiſchen Schuldig und nicht Schuldig kein Drittes mehr beſteht, und kein Spruch über den Angeſchuldigten eine Ungewißheit vielleicht auf Lebensdauer verhängt.

Wie ſehr mit einer Reform unſeres Prozeſſes überhaupt die Frage über die J.E. zuſammenhängt [1]), das zeigen eben die Gründe ihrer Anhänger, welche bei unſerem geheimen ſchriftlichen Verfahren in ihr noch einen Schuz für den Unſchuldigen finden, um vor dem Publikum nicht in eine Klaſſe mit dem Verdächtigen zu fallen, einen Schuz für das Gemeinweſen, das anders den Verdächtigen nicht erkennen könne. Die Motive zum badiſchen Entwurf bemerken aber richtig, daß bei mündlichem Verfahren kein Mittelding zwiſchen Schuldig- und Nichtſchuldigerklärung mehr nöthig ſei. Die Erfahrungen, welche Mittermaier in ſeinem neueſten Werke [2]) niedergelegt hat, lehren, wie

---

1) Molitor a. a. O.

2) Mündlichkeit, Anklageprinzip, Oeffentlichkeit und Geſchwornengericht. Stuttgart und Tübingen 1845. S. 253.

Digitized by Google

ſehr mündliches Verfahren geeignet iſt, die Fälle des Zweifels des Richters zu vermindern, wie oft alſo bei mündlichem Verfahren ſtatt der jezigen J.E. Verurtheilung eintritt, ſtatt des Zweifels Gewißheit der Schuld an den Tag kommt. Mit der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit fallen die Gründe für Beibehaltung der J.E.

Treffend ſind die Worte, welche in dieſer Hinſicht in der würtembergiſchen Abgeordnetenkammer von einem der Regierungskommiſſäre [3]) geäußert wurden, nur ergeben ſie einen andern Schluß, als den dort daraus gezogenen; er ſagt: „Man hat das Beiſpiel von Frankreich und England angeführt, welche die J.E. nicht kennen; dieß iſt allerdings richtig, aber dieſe Staaten haben ein Korrektiv in den öffentlichen Gerichtsverhandlungen; wird dort auch der Angeſchuldigte als unſchuldig (nur: nicht ſchuldig) entlaſſen, ſo bilden die Verhandlungen, zu denen jeder den Zugang hat, und welche durch die Preſſe weiter verbreitet werden, den geeignetſten Kommentar zu dem Erkenntniß; dieſelben klären darüber auf, ob der Angeſchuldigte durch ein unglückliches Zuſammentreffen von Umſtänden ohne allen Grund in Unterſuchung verflochten wurde, oder weil ſich dem Richter, einer Maſſe von Verdachtsgründen ungeachtet, die Ueberzeugung von der Schuld nicht aufdringen wollte.“ Nicht zu Beibehaltung der J.E. führen dieſe entſchieden wahren Säze, ſondern zur Annahme des nämlichen Prinzips, zur Oeffentlichkeit.

Eine freiere Beweistheorie und Oeffentlichkeit des Verfahrens will Mittermaier [4]) an die Stelle der J.E. ſezen; das erſte iſt meiſt in neueren Prozeßordnungen ſchon in ausgedehntem Maße geſchehen. Was für ein Urtheil dann die Stelle der J.E. einnehmen ſoll, darüber werden keine Bedenken zu äußern ſein. Wenn in manchen Fällen eine Verurtheilung ihre Stelle einnimmt, wo ein verſchmizter Verbrecher den unentſchloſſenen Richter vielleicht bis zu bloſer J.E. herabgeſtimmt hätte, ſo kann die Gerechtigkeit nur gewinnen, Die Unſchuld aber findet in der Abſchaffung blos einen Schuz. Die J.E. iſt eine halbe Maßregel, verderblich wie alle, und ein bequemes

3) Direktor v. Bezzenberger, ſ. Verhandl. Bd. IV. 55. Sizg. S. 9.

4) im Strafverfahren a. a. O. vergl. würt. Kommiſſionsbericht in den Verhandlungen, XIV, S. 705. Die Beſchränkungen, welche das bair. Geſez beim Indizienbeweis aufſtellt, veranlaſſen in Baiern die ungemein große Anzahl der Inſtanzentlaſſungen. Molitor a. a. O. S. 42.

Digitized by Google

Hilfsmittel für zaghafte Richter. Was Rüttimann [5]) hinſichtlich der Bedenken gegen die Nothwendigkeit eines einmüthigen Spruchs der engliſchen Jury äußert, iſt ebenſo geeignet, auf die Zweifel des einzelnen Richters über Schuld und Nichtſchuld ſeine Anwendung zu finden: „Man geſtatte nur, daß eine Mehrheit und eine Minderheit ſich bilden dürfe, ſo werden leicht unter zwölf Menſchen einige ſich finden, die entweder zu bequem oder zu ſchwach ſind, für irgend etwas ſich zu entſcheiden, und die daher, wo immer möglich, lieber in der Minderheit bleiben, weil die Minderheit eigentlich eben gar nichts thut. Wenn aber Jeder weiß, daß Alle für eine Meinung ſich entſcheiden müſſen, wenn Keiner ſeiner Zaghaftigkeit, Bequemlichkeit oder Unentſchloſſenheit Raum geben darf, wenn Keiner hinter eine Majorität oder Minorität ſich verbergen kann, ſondern Alle als Ein Mann handeln müſſen, dann wird es der Wahrheit und der beſſern Ueberzeugung ſelten ſchwer werden, den Sieg davon zu tragen." Und ebenſo in unſerem Fall. Die Wahrheit ſiegt über den Schein, die Ueberzeugung über den Zweifel, wo der Spruch ein entſchiedener ſein muß. Die Gerechtigkeit iſt gewahrt, die Unſchuld geſchüzt, und wenn am Ende auch hie und da ein ſchlauer Verbrecher aus der Unterſuchung als „nicht ſchuldig" befunden hervorgeht, ſo iſt es beſſer, als wenn die J.E. nur einem unſchuldigen Unglücklichen auf Lebensdauer einen Makel anhängt. Daß aber der Richter, dem der ſeitherige Ausweg genommen wird, nicht die Schuld allzu leicht präſumire, darüber wacht am beſten — die volle Oeffentlichkeit des Verfahrens.

5) die engl. Strafrechtspflege S. 97. vergl. auch Molitor a. a. O. S. 52.

Digitized by Google

Inhalt.

Einleitung. §. 1.
Literatur über die Inſtanzentbindung. §. 2.
Ueberſicht der Abhandlung. §. 3.
Römiſches Recht. §. 4.
Kanoniſches Recht, Gloſſatoren. §. 5.
Peinliche Halsgerichtsordnung. §. 6.
Italieniſche und ſpaniſche Praktiker des 16. Jahrhunderts. §. 7, 8.
Deutſche Praktiker vor Carpzow. §. 9.
Benedictus Carpzow. §. 10.
Deutſche Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts. §. 11, 12.
Jetziges Recht; neue Geſetzgebungen. §. 13.
Rechtliche Natur der Inſtanzentbindung. §. 14.
Bedingungen ihres Eintritts. §. 15.
Folgen; Inſtanzentbindung und Wiederaufnahme der Unterſuchung. §. 16.
Weitere Folgen. §. 17.
Vergleichung der J.E. der mailändiſchen Praxis mit dem jetzigen Recht. §. 18.
Die Frage über Beibehaltung oder Abſchaffung der J.E. §. 19, 20.
Abſchaffung einzelner mit der J.E. verknüpfter Uebel. §. 21.
J.E. und Verjährung. §. 22.
Politiſche Bedenken gegen die J.E. §. 23.
Verhandlungen der würt. Stände über J.E. §. 24.
Schluß der Abhandlung. §. 25.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google